

Das Recht des Staatspersonals im Kanton Aargau

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Peter Köfer
von Lengnau AG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller

Keller AG Aarau Buchdruck + Offset 1980



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Peter Köfer

Das Recht des Staatspersonals im Kanton Aargau

Das Recht des Staatsappersonals im Kanton Aargau

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Peter Köfer
von Lengnau AG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 11. Juli 1979

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg



VORWORT

Die vorliegende Dissertation entstand unter der Betreuung von Herrn Professor Dr. Walter Haller, Universität Zürich. Ihm möchte ich an dieser Stelle herzlich danken für seine wertvollen Ratschläge und Anregungen und für seine Mühe bei der Durchsicht dieser Arbeit.

Mein Dank gilt im weiteren Herrn Professor Dr. Georg Müller, ehemaliger Chef des Rechtsdienstes des Regierungsrates, für die Anregung zu dieser Arbeit und die Unterstützung, die er mir dabei gewährte.

Ebenfalls zu Dank verpflichtet bin ich vielen Beamten der aargauischen Verwaltung, die mir jederzeit auf meine Fragen bereitwillig Auskunft gaben. Dies gilt im besonderen für Herrn lic. oec. publ. Herbert Hauser, Chef der Personalsektion der Finanzverwaltung.

Literatur, Gesetzgebung und Rechtsprechung wurden bis Frühjahr 1979 berücksichtigt.

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	IX
Quellenverzeichnis	XIV
Abkürzungsverzeichnis	XVIII
Einleitung	1
 Erstes Kapitel: Die Terminologie im öffentlichen Dienstrecht .	 2
Zweites Kapitel: Begriff und Wesen des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses	 5
Drittes Kapitel: Das öffentl. Dienstrecht des Kantons Aargau	8
I. Die Rechtsgrundlagen	8
II. Die Personalkategorien	13
A. Die Beamten	13
B. Die Angestellten der Staatsanstalten	15
C. Das Personal der Regiebetriebe	17
D. Das Forstpersonal	18
E. Die Aushilfen	19
F. Weitere Personalkategorien	19
III. Die Begründung des öffentlichrechtlichen Dienstverhält- nisses	 21
A. Die Voraussetzungen des Dienstverhältnisses	21
1. Die öffentliche Ausschreibung der Stelle	21
2. Die Anstellungsvoraussetzungen	22
3. Die Unvereinbarkeitsbestimmungen	24
4. Die Leistung einer Amtskaution	28
B. Die Anstellung	30
C. Die Rechtsnatur der Anstellung	33
D. Die Anstellung auf Probe	35

IV. Die Pflichten des Dienstnehmers	37
A. Die Treuepflicht	37
B. Die Arbeitspflicht	40
C. Die Weiterbildungspflicht	43
D. Die Wohnsitzpflicht	44
E. Das Streikverbot	46
F. Die Schweigepflicht	48
G. Das Geschenkannahmeverbot	51
H. Die Gehorsamspflicht	52
V. Die rechtliche Verantwortlichkeit des Dienstnehmers	55
A. Allgemeines	55
B. Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit	56
1. Allgemeines	56
2. Die Voraussetzungen der Haftpflicht	57
a) Schaden bzw. tort moral	58
b) Zurechnung der schädigenden Handlung des Dienstnehmers zu seiner Amtstätigkeit	58
c) Adäquater Kausalzusammenhang	59
d) Widerrechtlichkeit	59
e) Verschulden	60
3. Das externe Haftungsverhältnis	61
4. Das interne Haftungsverhältnis	63
5. Das Verfahren	65
C. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit	66
D. Die disziplinarische Verantwortlichkeit	68
1. Allgemeines	68
2. Die Ausgestaltung des Disziplinarrechts im aargauischen Dienstrecht	71
3. Rechtsschutz	74
VI. Die Rechte des Dienstnehmers	77
A. Die persönlichen Rechte	77
1. Der Dienstnehmer und die Grundrechte	77
a) Allgemeines	77
b) Das Recht auf persönliche Freiheit	78

c) Die Meinungsäusserungsfreiheit	79
d) Die Vereinsfreiheit	80
e) Das Recht auf politische Betätigung	81
f) Andere Grundrechte	81
2. Das Recht auf Ferien, Urlaub und zusätzliche Freitage	82
3. Das Mitspracherecht	82
4. Schutzrechte	83
5. Das Beschwerderecht	85
 B. Die Vermögensrechte	86
1. Allgemeines	86
2. Der Besoldungsanspruch	89
3. Der Anspruch auf Zulagen und Entschädigungen	92
4. Leistungen der Kantonalen Unfallversicherungs- kasse und der Aargauischen Beamtenpensionskasse	94
 VII. Die Beendigung des Dienstverhältnisses	101
A. Allgemeines	101
B. Die Beendigung durch objektive Tatsachen	102
C. Die Beendigung auf Veranlassung des Dienstnehmers	103
1. Die Beendigung des Beamtenverhältnisses	103
2. Die Beendigung des Angestelltenverhältnisses	105
D. Die Beendigung auf Veranlassung des Dienstherrn	107
1. Die Beendigung des Beamtenverhältnisses	107
a) Die Entlassung aus wichtigen Gründen (admini- strative Entlassung)	107
b) Die disziplinarische Entlassung	111
c) Die Nichtwiederwahl	112
2. Die Beendigung des Angestelltenverhältnisses	118
 VIII. Die Personalkommission	120
 Viertes Kapitel: Die privatrechtlich angestellten Arbeitnehmer	121

LITERATURVERZEICHNIS

Zitierweise: Die Werke werden in der Regel nur mit dem Verfasser-
namen zitiert; tragen mehrere Autoren denselben Familiennamen,
wird auch der Vorname genannt. Bei mehreren Werken desselben
Autors wird der in Klammern gesetzte, abgekürzte Titel oder der
Band zusätzlich angegeben.

Die Fussnoten enthalten weitere Literaturhinweise.

Arpagaus Reto: Die selbständigen öffentlichen Anstalten des Kantons
Aargau, Veröffentlichungen zum Aargauischen Recht, Heft 20,
Aarau 1968.

Aubert Jean-François: Traité de droit constitutionnel suisse, Band 2,
Neuchâtel 1967.

Becker Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht,
Band VI, 1. Abteilung, 2. Aufl., Bern 1941.

Bircher Silvio: Die Wählbarkeit von Beamten und staatlichen Angestellten
in politische Behörden am Beispiel des Aargaus, in Brennpunkt
70 (1973) S. 77 ff.

Birchmeier Wilhelm: Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation
der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, Zürich 1950.

Blum Kurt: Die aargauische Rechtssetzung in Theorie und Praxis, Diss.
Zürich 1958.

Brühlmeier Beat: Aargauische Strafprozessordnung, Aarau 1960.

Burckhardt Walther: Über Gewaltentrennung und Unvereinbarkeit im
Schweizerischen Staatsrecht, in Festgabe Philipp Lotmar, Bern 1920
(Gewaltentrennung).

— Die wohlerworbenen Rechte des Beamten, in ZBJV 64 (1928) S. 57 ff.
(Wohlerworbene Rechte).

Ducloux Ernst: Die rechtliche Stellung der Beamten und Bediensteten
des Kantons Luzern, Diss. Bern 1909.

Eichenberger Kurt und *Ruch Alexander*: Rechtsgutachten über das
Dienstverhältnis aargauischer Lehrer, dem Erziehungsdepartement
des Kantons Aargau erstattet am 20. September 1976.

Fisch Hermann: Gegenstand, Inhalt und Grenzen der Treuepflicht des
Beamten, in ZBl. 1949 S. 85 ff.

Fleiner Fritz: Beamtenstaat und Volksstaat, Tübingen 1916 (Beamten-
staat und Volksstaat).

— Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Neudruck
für die Schweiz, Zürich 1939 (Institutionen).

- Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.
- Fleiner-Gerster Thomas*: Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1977.
- Fricker Hans*: Die Verantwortlichkeit öffentlicher Beamter und deren Versicherungsmöglichkeit, in *BeaBl.* 59 (1962) S. 71 ff.
- Giacometti Zaccaria*: Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts, Tübingen 1924 (Grenzziehung).
- Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941 (Staatsrecht der Kantone).
- Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960 (Allgemeine Lehren).
- Grisel André*: Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970.
- Hangartner Yvo*: Reform des Beamtendisziplinarrechts, in *Personalfragen der öffentlichen Verwaltung*, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Neue Reihe, Band 8, St. Gallen 1976, S. 87 ff.
- Holenstein Else*: Der Zivilweg in seiner Abgrenzung vom Verwaltungsweg nach aargauischem Recht, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 130, Aarau 1947.
- Hotz Reinhold*: Die Haftpflicht des Beamten gegenüber dem Staat, Diss. Zürich 1973.
- Huber Hans*: Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1975, in *ZBJV* 113 (1977) S. 1 ff.
- Hug-Beeli Gustav*: Persönliche Freiheit und besondere Gewaltverhältnisse, Diss. Zürich 1976.
- Hug Walter*: Die Pensionskasse der aargauischen Beamten und Angestellten, Veröffentlichungen zum Aargauischen Recht, Heft 13, Aarau 1955.
- Imboden Max/Rhinow René*: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Band I und II, Basel/Stuttgart 1976.
- Im Hof Adolf*: Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, in *ZSR NF* 48 (1929) S. 231a ff.
- Jud Elmar Mario*: Besonderheiten öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse nach schweizerischem Recht, insbesondere bei deren Beendigung aus nichtdisziplinarischen Gründen, *St. Galler Beiträge zum öffentlichen Recht*, Band 1, St. Gallen 1975.
- Kägi Walter*: Entwicklungstendenzen im Disziplinarrecht der Beamten und öffentlichen Angestellten und praktisches Vorgehen in Disziplinarfällen, in *Personalfragen der öffentlichen Verwaltung*, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Neue Reihe, Band 8, St. Gallen 1976, S. 73 ff.

- Kaufmann Otto K.*: Grundzüge des schweizerischen Beamtenrechts, in ZBl. 1972 S. 379 ff. (Beamtenrecht).
- Die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kantonen, in ZSR NF 72 (1953) S. 201a ff. (Verantwortlichkeit).
- Keller Beat*: Die Beamtenverantwortlichkeit und die Haftpflicht des Gemeinwesens, insbesondere nach aargauischem Recht, Diss. Basel 1950 (Maschinenschrift).
- Keller Dieter*: Das neue Disziplinarrecht der Stadt Zürich — Vom Disziplinarstrafrecht zum Disziplinar-massnahmerecht, in ZBl. 1978 S. 185 ff.
- Killer Albert*: Zur Abgrenzung der Verwaltungsgerichtsbarkeit von der Zivilgerichtsbarkeit, in Aargauische Rechtspflege im Gange der Zeit, Aarau 1969, S. 307 ff.
- Köhl Guido*: Die besonderen Gewaltverhältnisse im öffentlichen Recht, Diss. Bern 1955.
- Lobsiger Ernst*: Die rechtliche, wirtschaftliche und soziale Stellung des Beamten und deren Sicherung, in ZBl. 1973 S. 305 ff.
- Manser Iselore*: Das Recht des Staatspersonals im Kanton St. Gallen, Diss. St. Gallen 1958.
- Marti Hans*: Die staatsrechtliche Beschwerde, 3. Aufl., Basel/Stuttgart 1977.
- Meili Christoph*: Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, insbesondere dessen Beendigung nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1958.
- Meyer-Baumgartner Margrit*: Die Personalverordnung der Stadt Luzern, Ein Beispiel modernen Personalrechts, Diss. Bern 1972.
- Müller Bernhard*: Die Haftung der Eidgenossenschaft nach dem Verantwortlichkeitsgesetz, in ZBJV 105 (1969) S. 341 ff.
- Müller Georg*: Die Wählbarkeit der Funktionäre der selbständigen Staatsanstalten in den aargauischen Grossen Rat, in ZBl. 1976 S. 486 ff. = Brennpunkt 73 (1976) S. 97 ff.
- Müller Hans (Aarau)*: Grenzen der Treuepflicht, in BeaBl. 56 (1959) S. 121 ff. (Grenzen der Treuepflicht).
- Müller Hans (Zürich)*: Staatsarbeiter- und Beamtenrecht in der Schweiz, in ZBl. 1919 S. 168 ff., 181 ff., 189 ff., ZBl. 1920 S. 5 ff., 13 ff., 21 ff. (Beamtenrecht).
- Müller Heinrich Andreas*: Der Verwaltungszwang, Diss. Zürich 1976.
- Münch Ingo von*: Freie Meinungsäusserung und besonderes Gewaltverhältnis, Diss. Frankfurt a. M. 1957.
- Nef Hans*: Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Anstellung, in Das Personalwesen der öffentlichen Verwaltung, Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St. Gallen, Band 2, Einsiedeln/Köln 1944, S. 23 ff.

- Nievergelt Julius*: Beamtenrecht des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1916.
- Oftinger Karl*: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 4. Aufl., Zürich 1975.
- Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, 3. Aufl., Zürich 1970.
- Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm*: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, erster Halbband, Zürich 1929.
- Oswald Urs Albert*: Die rechtliche Stellung und Organisation der aargauischen Akutspitäler, Veröffentlichungen zum Aargauischen Recht, Heft 26, Aarau 1976.
- Plotke Herbert*: Die Wahl, insbesondere die Wiederwahl der Beamten einschliesslich der Lehrer, in ZBl. 1976 S. 529 ff.
- Real Walter*: Das Amts- und Berufsgeheimnis, in Zeitschrift für öffentliche Fürsorge 69 (1972) S. 145 ff.
- Rehbinder Manfred*: Schweizerisches Arbeitsrecht, 5. Aufl., Bern 1979.
- Reichlin Paul*: Von der Schadenersatzpflicht der Beamten und des Staates, in ZBl. 1935 S. 65 ff., 97 ff., 129 ff. (Schadenersatzpflicht).
- Die Schweigepflicht des Verwaltungsbeamten, in ZBl. 1952 S. 473 ff., 505 ff. (Schweigepflicht).
- Richner Erich*: Umfang und Grenzen der Freiheitsrechte der Beamten nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1954.
- Rohr Fritz*: Der Instanzenzug im Verwaltungsrechtspflegegesetz, in Aargauische Rechtspflege im Gange der Zeit, Aarau 1969, S. 349 ff.
- Roos Gottfried*: Grundsätzliche Betrachtungen des Dienstrechts der Beamten, Angestellten und Arbeiter, in Das Personalwesen der öffentlichen Verwaltung, Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St. Gallen, Band 19, Einsiedeln/Köln 1958, S. 11 ff.
- Saladin Peter*: Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, 2. Aufl., Bern 1975.
- Schaller Viktor*: Die disziplinarische und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten nach zugerischem Recht, Diss. Zürich 1944.
- Schwarzenbach Hans Rudolf*: Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz, Zürich 1970 (Staats- und Beamtenhaftung).
- Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 7. Aufl., Bern 1978 (Grundriss).
- Sieber Josef A.*: Der Begriff des Beamten im Schweizerischen Strafbuch, Diss. Freiburg 1962.
- Spielmann Hugo*: Die Grundlagen des Beamtenverhältnisses in der Schweiz, Diss. Basel 1931 (Maschinenschrift).

- Steinbrück Hans-Martin*: Die Behördenorganisation im Bereiche des aargauischen Schulwesens, Stellung und Kompetenzen der einzelnen Funktionsträger, Veröffentlichungen zum Aargauischen Recht, Heft 24, Aarau 1968.
- Stratenwerth Günter*: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, Bern 1974.
- Strub Alfred*: Das Dienstverhältnis der stadtbernischen Gemeindebediensteten und die Beziehungen des öffentlichen Personalrechts zum Arbeitsrecht, Diss. Bern 1961, Neudruck 1971.
- Studie des Eidgenössischen Personalamtes: Beendigung des Dienstverhältnisses durch den Bund, Bern 1975 (Studie Personalamt).
- Tuhr Andreas von/Peter Hans*: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I/1, 3. Aufl., Zürich 1974.
- Tuor Peter/Schnyder Bernhard*: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1975.
- Welti Walter*: Das Verordnungsrecht des aargauischen Grossen Rates, in *BeaBl.* 53 (1956) S. 1 ff.
- Zehntner Werner*: Die Haftung des Staates für seine Funktionäre nach der Gesetzgebung der schweizerischen Kantone, Diss. Zürich 1952.

QUELLENVERZEICHNIS

BUND

- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1974 (SR 101).
- Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14. März 1958 (SR 170.32).
- Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021).
- Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927 (SR 172.221.10).
- Beamtenordnung (1) vom 10. November 1959 (SR 172.221.101). (Regelt das Dienstverhältnis der Beamten der allgemeinen Bundesverwaltung, der Post-, Telephon- und Telegraphenbetriebe und der eidgenössischen Gerichte.)
- Beamtenordnung (2) vom 10. November 1959 (SR 172.221.102). (Regelt das Dienstverhältnis der Beamten der Schweizerischen Bundesbahnen.)
- Beamtenordnung (3) vom 29. Dezember 1964 (SR 172.221.103). (Regelt das Dienstverhältnis der Beamten des Eidgenössischen Politischen Departementes.)
- Verordnung über das Dienstverhältnis der Angestellten der allgemeinen Bundesverwaltung und der Post-, Telephon- und Telegraphenbetriebe (Angestelltenordnung) vom 10. November 1959 (SR 172.221.104).
- Bundesbeschluss über die Wiederwahl der Beamten der allgemeinen Bundesverwaltung für die Amtsdauer 1977–1980 vom 31. März 1976 (SR 172.221.121).
- Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110).
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).
- Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936 (SR 220).
- Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).
- Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0).
- Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911 (SR 832.01).

KANTON AARGAU

- Staatsverfassung des Kantons Aargau vom 23. April 1885.
- Gesetz über die Organisation des Obergerichts vom 22. Dezember 1852.

- Gesetz über die Organisation der Bezirksgerichte vom 22. Dezember 1852.
- Gesetz über die Einrichtung der Bezirksämter vom 16. März 1854.
- Forstgesetz vom 29. Februar 1860.
- Zivilprozessordnung vom 12. März 1900.
- Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 27. März 1911.
- Einführungsgesetz zum Schweizerischen Obligationenrecht vom 27. Dezember 1911.
- Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten und über die Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 21. Dezember 1939.
- Schulgesetz vom 20. November 1940.
- Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) vom 11. November 1958.
- Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern und über den direkten Finanzausgleich unter den Einwohnergemeinden vom 17. Mai 1966.
- Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. Juli 1968.
- Dekret über die Festsetzung der Sitzungsgelder, Taggelder und Reiseentschädigungen vom 20. März 1923.
- Dekret über die Regelung der Beziehungen des Staates zur Aargauischen Beamtenpensionskasse vom 28. Oktober 1924.
- Dekret über die Unfallversicherungskasse des Staatspersonals vom 5. Januar 1928.
- Dekret über die Organisation der kantonalen Erziehungsanstalt Aarburg vom 27. Oktober 1959.
- Dekret über die Organisation der Strafanstalt Lenzburg vom 27. Oktober 1959.
- Dekret über die Organisation der Staatsanwaltschaft sowie die Schaffung der Stellen eines kantonalen Untersuchungsbeamten und eines Amtsstatthalters des Bezirks Baden (Organisationsdekret zur Strafprozessordnung) vom 1. Dezember 1959.
- Dekret über die Pensionen der Lehrer an den Volks- und Fortbildungsschulen und die Fürsorge für die Witwen und Waisen (Lehrerpensionsdekret) vom 22. Mai 1962.
- Grossratsbeschluss über Familienzulagen an das Staatspersonal und die Lehrerschaft vom 21. November 1967.
- Dekret über die finanzielle Sicherung von Beamten, Angestellten und Arbeitern des Kantons bei Tod oder Invalidität infolge ausserordentlichen Berufsrisikos vom 2. Juli 1968.
- Dekret über die Zugehörigkeit eines Mitgliedes des Regierungsrates zur Bundesversammlung vom 25. Februar 1969.

- Dekret über die Organisation und Geschäftsführung des Regierungsrates und seiner Departemente (Organisationsdekret) vom 17. März 1969.
- Dekret über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Staatsbeamten (Besoldungsdekret) vom 24. November 1971.
- Dekret über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Lehrer an öffentlichen Schulen (Lehrerbesoldungsdekret) vom 24. November 1971.
- Dekret über die Besoldung des Polizeikorps vom 24. November 1971.
- Dekret über die Besoldung der Mitglieder des Obergerichts vom 24. November 1971.
- Dekret über die Besoldung der Mitglieder des Regierungsrates vom 24. November 1971.
- Dekret über Kinderzulagen an das Staatspersonal und die Lehrerschaft vom 4. Dezember 1974.
- Dekret über die Ruhegehälter der Mitglieder des Regierungsrates vom 27. Mai 1975.
- Verordnung über die Form der Inpflichtnahme vom 27. November 1885.
- Verordnung über die Einrichtung des neuen Amtsjahres vom 27. November 1885.
- Verordnung über die Amtskautionen vom 12. September 1916.
- Verordnung über die Organisation des Aargauischen Versicherungsamtes vom 21. Dezember 1936.
- Verordnung über den Verwandtenausschluss, die Unvereinbarkeit und den Austritt in den Schulbehörden vom 17. September 1943.
- Verordnung über die Rechtspraktikanten vom 5. Januar 1962.
- Verordnung über die Rechtspflege in Sozialversicherungssachen vom 22. Dezember 1964.
- Verordnung über die Entschädigung der Forstpraktikanten vom 18. Juli 1968.
- Verordnung über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Aushilfen vom 7. März 1969.
- Reglement der Personalkommission vom 29. Mai 1969.
- Verordnung über das Dienstverhältnis und die Besoldungen der Abwarte in den staatlichen Gebäuden vom 18. Dezember 1969.
- Geschäftsreglement des Grossen Rates vom 16. September 1970.
- Vollziehungsverordnung zum Dekret über die Festsetzung der Sitzungsgelder, Taggelder und Reiseentschädigungen (Entschädigungsverordnung) vom 26. März 1971.
- Verordnung über das Dienstverhältnis und die Besoldungen der Hilfslehrer und Stellvertreter und die Nebenbeschäftigungen an öffentlichen Schulen vom 17. Dezember 1971.

- Verordnung über das Dienstverhältnis und die Besoldungen der Angestellten in staatlichen Anstalten (Angestelltenverordnung) vom 12. Januar 1972.
- Verordnung zum Dekret über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Staatsbeamten (Besoldungsdekret) vom 19. Juni 1972.
- Verordnung über die Entschädigung des Lehr-, Lern- und Praktikums-personals am Kantonsspital Aarau vom 4. September 1972.
- Verordnung über die Entschädigung von Funktionären des Staates für die Benützung von Privatautomobilen und Privatmotorrädern zu Dienstfahrten (Autoverordnung) vom 18. Dezember 1972.
- Verordnung über die Abgeltung von Nacht-, Samstags- und Sonntagsdienst in staatlichen Anstalten vom 18. Dezember 1972.
- Verordnung über die Abgeltung des Pikett- und Bereitschaftsdienstes im Kantonsspital Aarau und in der Psychiatrischen Klinik Königsfelden vom 18. Dezember 1972.
- Verordnung über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Handwerker, Chauffeure und Arbeiter sowie der Strassenwärter des Baudepartementes (Personalverordnung Regiebetriebe) vom 5. März 1973.
- Verordnung über die Abgeltung des Pikettdienstes und der Inkonvenienzen für Strassenmeister, Chauffeure, Strassenarbeiter sowie ständige Arbeiter und Hilfsarbeiter der Abteilung Tiefbau des Baudepartementes vom 5. März 1973.
- Verordnung über die berufliche Fort- und Weiterbildung der Beamten und Angestellten des Staates (Weiterbildungsverordnung) vom 13. August 1973.
- Verordnung über die berufliche Fortbildung der Lehrkräfte an den Volksschulen und Kindergärten vom 20. August 1973.
- Regierungsbeschluss über die Bekleidung öffentlicher Ämter durch Staatsbeamte vom 27. August 1973.
- Verordnung über das Dienstverhältnis der Staatsförster, Forstwarte und Waldarbeiter der Staatsforstverwaltung (Forstpersonalverordnung) vom 13. Januar 1975.
- Verordnung über den Urlaub von Lehrkräften an öffentlichen Schulen (Urlaubsverordnung) vom 12. Mai 1975.
- Verordnung über die Besoldung des Lernpflegepersonals vom 23. Februar 1976.
- Verordnung über den Dienst des Polizeikorps (Dienstreglement) vom 11. Oktober 1976.
- Statuten der Aargauischen Beamtenpensionskasse vom 25. Oktober 1958.
- Versicherungsbedingungen der Aargauischen Beamtenpensionskasse vom 25. Februar 1961.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
a. M.	anderer Meinung
AO	Verordnung über das Dienstverhältnis der Angestellten der allgemeinen Bundesverwaltung und der Post-, Telefon- und Telegraphenbetriebe (Angestelltenordnung) vom 10. November 1959
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
AV	Verordnung über das Dienstverhältnis und die Besoldungen der Angestellten in staatlichen Anstalten (Angestelltenverordnung) vom 12. Januar 1972 (Kanton Aargau)
BB1	Bundesblatt
BD	Dekret über das Dienstverhältnis und die Besoldungen der Staatsbeamten (Besoldungsdekret) vom 24. November 1971
BeaBl.	Aargauisches Beamtenblatt
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BO	Beamtenordnung
BPK	Beamtenpensionskasse
BtG	Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927
BV	Bundesverfassung
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (bis 1975 MBVR)
BzAOG	Gesetz über die Einrichtung der Bezirksämter vom 16. März 1854
BzGrOG	Gesetz über die Organisation der Bezirksgerichte vom 22. Dezember 1852
Diss.	Dissertation
DR	Dienstreglement
E.	Erwägung
EG	Einführungsgesetz
f.	und folgende (Seite)
ff.	und folgende (Seiten)
gl. M.	gleicher Meinung
GS	Gesetzessammlung
i. S.	in Sachen

KUVG	Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911
LBD	Dekret über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Lehrer an öffentlichen Schulen (Lehrerbesoldungsdekret) vom 24. November 1971
lit.	littera (Buchstabe)
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht (seit 1976 BVR)
m. E.	meines Erachtens
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927
N	Note; Fussnote
NF	Neue Folge
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
OGrOG	Gesetz über die Organisation des Obergerichts vom 22. Dezember 1852
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 / 18. Dezember 1936
Pr	Praxis des Bundesgerichts
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
SOGE	Grundsätzliche Entscheide des Regierungsrates des Kantons Solothurn
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
St	Statuten
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
StPO	Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) vom 11. November 1958
StV	Staatsverfassung des Kantons Aargau vom 23. April 1885
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt Luzern
VB	Versicherungsbedingungen
VBD	Verordnung zum Dekret über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Staatsbeamten (Besoldungsdekret) vom 19. Juni 1972
VG	Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten und über die Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 21. Dezember 1939 (Kanton Aargau)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRPG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. Juli 1968
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung vom 12. März 1900
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Einleitung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, einen Überblick zu geben über Rechte, Pflichten und andere mit dem Dienstverhältnis des aargauischen Staatspersonals zusammenhängende Fragen. Da es sich beim sogenannten öffentlichen Dienstrecht um eine sehr weitläufige und komplexe Materie handelt, muss sich diese Arbeit mit der Darstellung der Grundzüge der angeschnittenen Problemkreise begnügen. Nicht eingegangen werden kann deshalb im Rahmen dieser Abhandlung auf Detailfragen, wie sie sich z.B. bei Disziplinarverfahren oder der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit eines Dienstnehmers ergeben. Unberücksichtigt bleiben müssen auch Probleme, die mit den speziellen Dienstrechten einzelner Personengruppen zusammenhängen. So bestehen für die Berufsgruppen der Lehrer, Polizisten, Lehrlinge, Ärzte in Staatsanstalten usw. Sonderregelungen, die bei der Behandlung des allgemeinen Dienstrechtes des Kantons Aargau nicht weiter interessieren. Gelegentlich wurden aber auch diese Vorschriften herangezogen, denn manchmal finden sich besonders klare, einlässliche Bestimmungen, die verdeutlichen, was kraft ungeschriebenen Rechtes auch für andere Dienstnehmer gilt, gerade in diesen Spezialerlassen (z. B. im Dienstreglement der Kantonspolizei).

Dem aargauischen Dienstrecht ist eine gewisse Kompliziertheit und Unübersichtlichkeit eigen. Es ist nicht immer konsequent aufgebaut, und die Vorschriften sind über viele verschiedene Erlasse verstreut. Im Kanton Aargau existiert kein einheitliches Beamtengesetz, welchem alle wichtigen Regelungen entnommen werden könnten. Die bestehenden Vorschriften sind teilweise schon sehr alt und bedürften einer Anpassung und Überarbeitung. Es wurde in dieser Arbeit deshalb auch versucht, auf einige Mängel der positiv-rechtlichen Ordnung hinzuweisen und Verbesserungsvorschläge zu unterbreiten.

Diesen einleitenden Bemerkungen folgen Erläuterungen über die im öffentlichen Dienstrecht recht verwirrende Terminologie und über Begriff und Wesen des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses im allgemeinen. Den Hauptteil der Arbeit bildet das anschliessende Kapitel, welches das öffentliche Dienstrecht des Kantons Aargau behandelt. Im letzten Kapitel wird noch die Möglichkeit erörtert, auf privatrechtlichem Wege Staatspersonal einzustellen.

Die Terminologie im öffentlichen Dienstrecht

Es gibt wohl nur wenige Rechtsgebiete, deren Terminologie dermassen verwirrend und vielfältig ist, wie der Bereich des öffentlichen Dienstrechts. Die Begriffe Beamte und Angestellte bezeichnen im Bund wie in den einzelnen Kantonen jeweils etwas anderes. Einige Ausdrücke, wie z. B. Kündigung und Treuepflicht, verändern ihren Inhalt je nachdem, ob sie auf öffentlichrechtlich oder privatrechtlich angestellte Personen angewendet werden. Heute noch gilt, was Im Hof schon 1929 feststellen musste: «Die Terminologie macht beim öffentlichen Dienstverhältnis Schwierigkeiten.»¹⁾ Unterschiede zwischen dem Beamtengesetz des Bundes und den kantonalen Beamtengesetzen ergeben sich hinsichtlich der Bezeichnungen, Normadressaten und dem Inhalt und der Vollständigkeit der einzelnen Erlasse.²⁾ Vor allem in den Kantonen fehlt es vielfach an einer übersichtlichen und konsequenten Gesetzgebung, und diese unzulängliche Normierung wirkt sich auch auf die Terminologie aus. Besonders verwirrend sind die Begriffe *Beamte*, *Angestellte* und *Arbeiter*, bei denen nicht nur unterschieden werden muss, ob sie nun im Sinne des kantonalen Dienstrechts, des Strafgesetzbuches, des Verantwortlichkeitsgesetzes usw. gebraucht werden, sondern die ihre Bedeutung zudem noch ändern, wenn sie in der Praxis ausserhalb der Rechtssprache verwendet werden.³⁾ Aus den dargelegten Gründen ist es auf dem Gebiete des öffentlichen Dienstrechts unerlässlich, zu Beginn die Terminologie zu erläutern.

Diese Arbeit befasst sich fast ausschliesslich mit dem Recht des im *öffentlichrechtlichen* Dienstverhältnis stehenden Personals des Kantons Aargau. Der Staat hat jedoch auch die Möglichkeit, zur Erfüllung seiner Aufgaben mittels *privatrechtlicher* Arbeitsverträge Mitarbeiter einzustellen.⁴⁾ Um alle diese auf verschiedene Weise in verschiedenen Personalkategorien angestellten Personen miteinzubeziehen, wird im Titel der Ausdruck Staatspersonal verwendet.

Die beiden Parteien des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses werden in dieser Arbeit *Dienstherr* und *Dienstnehmer* genannt. Als

¹⁾ Im Hof, S. 234a.

²⁾ Vgl. Richner, S. 29 ff.

³⁾ Vgl. z. B. die Ausdrücke Bankbeamter, Schalterbeamter, Verwaltungsangestellter.

⁴⁾ Vgl. hinten, S. 121 ff.

Dienstnehmer wird dabei die Partei bezeichnet, die Dienste erbringt und diese dem Dienstherrn aufgrund eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses leistet.⁵⁾ Diese Terminologie ermöglicht eine Unterscheidung gegenüber den privatrechtlich verbundenen Parteien, die wie im Obligationenrecht als *Arbeitnehmer* und *Arbeitgeber* bezeichnet werden.⁶⁾ Mit dem Begriff Dienstherr kommt die erhöhte Stellung der dem Dienstnehmer gegenüberstehenden Partei zum Ausdruck, während ein Arbeitgeber zumindest rechtlich seinen Arbeitnehmern auf gleicher Stufe begegnet. Unter den Begriff Dienstnehmer fallen alle Personalkategorien, die sich im öffentlichen Dienstrecht finden, wie Beamte, Angestellte, Arbeiter, Aushilfen usw.⁷⁾

Als *öffentliches Dienstrecht* bezeichnen wir die Gesamtheit aller geschriebenen und ungeschriebenen Normen, die das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis zwischen öffentlichem Dienstherr und privatem Dienstnehmer regeln. Damit soll zum Ausdruck kommen, dass unter diesen Begriff alle Kategorien öffentlichrechtlich angestellter Personen fallen, während der häufig verwendete Ausdruck Beamtenrecht die Vorstellung wecken könnte, nur die Kategorie der Beamten unterstehe diesem Recht.

Ein Grund für die Unübersichtlichkeit des öffentlichen Dienstrechts sind die verschiedenen *Kategorien*, in die die Dienstnehmer im Bund und in den Kantonen nach unterschiedlichen Gesichtspunkten eingeteilt werden. Zum Teil entstehen dabei rechtliche Unterschiede, die sich z. B. bei der Beendigung des Dienstverhältnisses auswirken, zum Teil sind die Unterschiede rein äusserlicher Natur. Auf die im aargauischen Dienstrecht vorgesehenen Kategorien und die Einteilung der Dienstnehmer in dieselben wird weiter hinten auf S. 13 ff. näher eingegangen. Zum allgemeinen Sprachgebrauch dieser Arbeit sei jedoch folgendes vorweggenommen: Wenn von der Kategorie der Beamten die Rede ist, dann sind damit die Beamten im Sinne des aargauischen Dienstrechtes gemeint. Während andere Autoren den Begriff Beamte im theoretischen, rechtlichen Sinne verstehen und damit als Oberbegriff aller im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stehenden Personen verwenden,⁸⁾ dient uns als Oberbegriff der Ausdruck *Dienstnehmer*. Alle nicht im Beamtenverhältnis stehenden Dienstnehmer bezeichnen wir in der Folge als Angestellte, da das entscheidende rechtliche Kriterium bei der Einteilung der Dienstnehmer die alleine den Beamten zukom-

⁵⁾ Vgl. Jud, S. 26 ff.

⁶⁾ Vgl. OR Art. 319 Abs. 1.

⁷⁾ Im aargauischen Dienstrecht wird als Oberbegriff oft auch der Ausdruck Funktionär verwendet; vgl. etwa BD § 1; Weiterbildungsverordnung § 1.

⁸⁾ Vgl. etwa Richner, S. 46/47; Manser, S. 22/23.

mende feste Amtszeit darstellt.⁹⁾ Die Unterscheidung der Nichtbeamten in die Kategorien der Angestellten der Staatsanstalten, des Regiepersonals, der Aushilfen usw. ist dagegen von untergeordneter Bedeutung und mehr formeller Natur.

⁹⁾ Vgl. BD § 1.

Begriff und Wesen des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses

Wie wir festgestellt haben, stehen sich beim öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis Dienstherr und Dienstnehmer als Partner gegenüber. Grundlage bildet dabei das öffentliche Recht.¹⁾ Worin unterscheidet sich nun aber ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis von einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, und woraus kann auf das eine oder andere geschlossen werden?

In der Praxis wird als das bedeutsamste Indiz für das Vorliegen eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses die Ausübung von *öffentlichrechtlichen Funktionen* nach aussen angesehen.²⁾ Wenn die Funktion des Dienstnehmers einen eindeutig öffentlichrechtlichen Charakter hat, wie z. B. diejenige eines Aufsehers in einer Strafanstalt, kann auch dann nicht ein privatrechtliches Anstellungsverhältnis angenommen werden, wenn im «Anstellungsvertrag» das Dienstverhältnis als ein solches im Sinne der Art. 319 ff. OR bezeichnet wird.³⁾ Weitere Merkmale für die öffentlichrechtliche Natur des Anstellungsverhältnisses bilden eine gegenüber Angestellten in privaten Betrieben *erhöhte Gehorsams- und Treuepflicht*,⁴⁾ die Anstellung aufgrund eines *einseitigen Verwaltungsaktes* und ein obligatorischer *Beitritt zur Beamtenpensionskasse*.⁵⁾

Die Unterstellung der Dienstverhältnisse der Beamten und Angestellten des Staates unter das öffentliche Recht hat mancherlei Konsequenzen und ist mehr als eine formaljuristische Begriffsspielerei. Das öffentliche Recht prägt den Charakter des Dienstverhältnisses und bewirkt, dass die Beteiligten nicht nur wie beim privatrechtlichen Arbeitsvertrag durch einzelne Rechte und Pflichten verbunden sind, sondern die Person des Dienstnehmers im ganzen berührt wird, so dass das Dienstverhältnis dem Personenrecht näherrückt.⁶⁾

Im Gegensatz zum privatrechtlich angestellten Arbeitnehmer ist der Dienstnehmer an der Gestaltung des Anstellungsverhältnisses grundsätz-

¹⁾ Die Rechtsgrundlagen werden im nächsten Kapitel näher erörtert.

²⁾ Imboden/Rhinow II, Nr. 147, S. 1078.

³⁾ AGVE 1959 S. 131.

⁴⁾ ZBL 1951 S. 520/21; Imboden/Rhinow II, Nr. 147, S. 1079, Ziff. II; Im Hof, S. 248a; Richner, S. 44.

⁵⁾ AGVE 1959 S. 131.

⁶⁾ Roos, S. 20.

lich nicht beteiligt. Mit seiner Zustimmung zur Wahl unterwirft er sich der vom Staat in Gesetz, Verordnung und Wahlbeschluss getroffenen Regelung. Auch gewisse Einschränkungen und Auflagen können Bestandteil des Dienstverhältnisses sein, wenn diese in Gesetz oder Wahlbeschluss vorgesehen sind.⁷⁾

Von wenigen Ausnahmen abgesehen,⁸⁾ stehen nach heutiger Auffassung alle Dienstnehmer eines Gemeinwesens in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis.⁹⁾ Hat ein Gemeinwesen das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis durch gesetzliche Regelungen geordnet, spricht im Zweifel die Vermutung dafür, dass ein Dienstverhältnis, das für die Besorgung einer bestimmten Verwaltungsaufgabe begründet worden ist, dem öffentlichen Recht untersteht, selbst wenn es nicht in eine der vom Gesetz vorgesehenen Kategorien passt.¹⁰⁾

Im privatrechtlichen wie im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis wird vom Arbeitnehmer bzw. Dienstnehmer erwartet, dass er die Arbeit *persönlich* erbringt,¹¹⁾ und deshalb ist der Eintritt in ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis natürlichen Personen vorbehalten. Demgegenüber tritt die Gegenpartei, der Dienstherr, dem Dienstnehmer als juristische Person entgegen. Neben den öffentlichrechtlichen Gebietskörperschaften Bund, Kantone und Gemeinden können auch selbständige öffentlichrechtliche Anstalten und öffentlichrechtliche Korporationen und Stiftungen zum Abschluss von öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen aufgrund ihrer Organisationserlasse ermächtigt sein.¹²⁾ Dieses Recht erklärt sich aus der Belehnung dieser juristischen Personen mit staatlichem Herrschaftsrecht (*imperium*).¹³⁾

Das besondere Abhängigkeitsverhältnis, in dem sich neben öffentlichrechtlichen Dienstnehmern auch Militärdienstpflichtige, Strafgefangene, Anstaltsbenützer usw. befinden, wurde bis vor kurzem im Verwaltungsrecht als *besonderes Gewaltverhältnis* bezeichnet. In jüngster Zeit hat man jedoch erkannt, dass dieser Ausdruck nicht zur Terminologie des Verwaltungsrechts eines freiheitlichen Rechtsstaates passen will.¹⁴⁾ Das Bundesgericht verwendet seit 1972 den Begriff *besonderes Rechtsverhältnis*.¹⁵⁾ Imboden schlägt stattdessen die Bezeichnung *Sonder-*

⁷⁾ BGE 100 Ia 317.

⁸⁾ Vgl. 4. Kapitel, S. 121 ff.

⁹⁾ AGVE 1974 S. 159 = Imboden/Rhinow II, Nr. 147, S. 1079, Ziff. I.

¹⁰⁾ Im Hof, S. 251a.

¹¹⁾ Vgl. OR Art. 321; BtG Art. 21 Abs. 1.

¹²⁾ Vgl. z. B. Verordnung über die Organisation des Aargauischen Versicherungsamtes vom 21. Dezember 1936 § 5.

¹³⁾ Fritz Fleiner, Institutionen, S. 104.

¹⁴⁾ Vgl. Haller in ZBl. 1972 S. 183 N 17a.

¹⁵⁾ Vgl. BGE 98 Ia 365 E. 3; 98 Ib 305.

statutsverhältnis vor,¹⁶⁾ während Kaufmann den Ausdruck *besonderes Pflichtverhältnis* vorziehen würde.¹⁷⁾

Nach schweizerischer Praxis herrscht im besonderen Rechtsverhältnis zwar kein rechtsleerer Raum, es gehört jedoch zu den Eigentümlichkeiten des besonderen Rechtsverhältnisses, dass die gegenseitigen Rechte und Pflichten oft nur in allgemeiner Form durch *Generalklauseln* festgelegt sind.¹⁸⁾ Die in einem besonderen Rechtsverhältnis stehenden Personen müssen die durch die Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses bedingten Beschränkungen der Freiheitsrechte hinnehmen, im Falle der öffentlichrechtlichen Dienstnehmer stehen dieser Verminderung an Rechten aber Vorteile anderer Art gegenüber: Kündigung nur unter bestimmten Voraussetzungen, sicherer Arbeitsplatz, gut ausgebaute Sozialleistungen.

¹⁶⁾ Imboden/Rhinow I, Nr. 65, S. 395, Ziff. I.

¹⁷⁾ Kaufmann, Beamtenrecht, S. 386 N 13a.

¹⁸⁾ Imboden/Rhinow I, Nr. 65, S. 394/95, Ziff. I. Vgl. BD § 9, welcher die allgemeinen Pflichten der Beamten umschreibt.

Das öffentliche Dienstrecht des Kantons Aargau

I. Die Rechtsgrundlagen

Die Zugehörigkeit des Dienstrechts zum Gebiete des öffentlichen Rechts ist heute unbestritten.¹⁾ Dies ergibt sich ausdrücklich aus OR Art. 342 Abs. 1, welcher die Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden für das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis vorbehält. Diese Bestimmung – bzw. der analoge Art. 362 Abs. 1 des OR vor der Revision des Arbeitsvertragsrechts vom 25. Juni 1971 – ist eine Anwendungsnorm des in ZGB Art. 6 Abs. 1 ausgesprochenen Vorbehalts zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts. Eine direkte Anwendung des eidgenössischen Zivilrechts auf die öffentlichrechtlich angestellten Dienstnehmer wird dadurch ausgeschlossen.²⁾ Allenfalls dort, wo das öffentliche Dienstrecht Lücken aufweist, kann eine sinngemässe Anwendung des Arbeitsvertragsrechts erfolgen.³⁾ Bund, Kantone und Gemeinden steht es jedoch frei, Arbeitskräfte durch den Abschluss privatrechtlicher Arbeitsverträge einzustellen, doch sollte diese Anstellungsart auf Arbeitnehmer beschränkt bleiben, die eine nicht spezifisch staatliche Tätigkeit ausüben, bei der es nicht darauf ankommt, ob sie in der Privatwirtschaft oder in der öffentlichen Verwaltung verrichtet wird.⁴⁾

Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis wird in der Staatsverfassung des Kantons Aargau nicht ausdrücklich erwähnt. Verschiedene Verfassungsvorschriften regeln aber dienstrechtliche Fragen und setzen die Existenz von Beamten voraus. Die beiden grundlegenden Bestimmungen des aargauischen Dienstrechts sind StV Art. 33 Abs. 1 lit. m und StV Art. 65 Ziff. 2. In StV Art. 33 Abs. 1 lit. m wird dem Grossen Rat das Recht zur Festsetzung der Gehälter aller vom Staat besoldeten Beamten übertragen; StV Art. 65 Ziff. 2 ermächtigt den Grossen Rat, die Besoldungen der Lehrer und deren Entlassung, Pen-

¹⁾ Vgl. Thomas Fleiner, S. 388; Im Hof, S. 236a/37a; Grisel, S. 233/34; Fleiner/Giacometti, S. 650; Jud, S. 31/32. Über den Wandel in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von der zivilrechtlichen zur öffentlichrechtlichen Auffassung des Beamtenverhältnisses vgl. Giacometti, Grenzziehung, S. 11 ff.

²⁾ BGE 77 II 226/27.

³⁾ BGE 55 II 210/11; AGVE 1959 S. 131; Hotz, S. 46. A. M. Im Hof, S. 237a; Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 122.

⁴⁾ Näheres dazu im 4. Kapitel, S. 121 ff.

sionierung und Fürsorge zu regeln. Dem Grossen Rat wird durch diese beiden Verfassungsbestimmungen ermöglicht, generell-abstrakte, primäre Normen zu erlassen, ohne dass die Stimmbürger durch das im Kanton Aargau obligatorische Gesetzesreferendum an der Rechtsetzung beteiligt sind. Die auf diese Weise vom Grossen Rat aufgrund einer ausdrücklichen Kompetenznorm in der Verfassung erlassenen Vorschriften nennt man *selbständige Verordnungen*.⁵⁾ Diese selbständigen Grossratsverordnungen werden im Kanton Aargau normalerweise *Dekrete* genannt, doch finden sich auch die Ausdrücke *Verordnung*⁶⁾ oder *Reglement*.⁷⁾

Das Recht des Grossen Rates, die Gehälter aller vom Staat besoldeten Beamten festzusetzen, lässt sich bis zur ersten Verfassung des Kantons vom Jahre 1803 zurückverfolgen.⁸⁾ Die Befugnis zur Regelung der Lehrbesoldungen hat der Grosse Rat dagegen erst seit dem Jahre 1945, als durch Verfassungsrevision die Entlohnung der Lehrer der Volks- und Fortbildungsschulen von den Gemeinden an den Staat übergang.

StV Art. 33 Abs. 1 lit. m wurde bei der Beratung der Verfassung von 1885 diskussionslos in den Verfassungstext aufgenommen, nachdem der Berichterstatter erklärt hatte, dieser Artikel entspreche einer Bestimmung der alten Verfassung.⁹⁾ Seit Erlass der alten Verfassung von 1852 waren aber die Volksrechte eingeführt worden, und es erstaunt heute, dass man damals die Kompetenz des Grossen Rates weiterhin als selbstverständlich ansah.¹⁰⁾

Die dem Grossen Rat in Art. 33 Abs. 1 lit. m StV übertragene Zuständigkeit zur Festsetzung der Besoldungen der Staatsbeamten wird nach einer langen und bisher unangefochten gebliebenen Praxis dahin verstanden, dass darin auch die Regelung der öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse überhaupt inbegriffen sei. Dass die verfassungsrechtliche Basis für diese Kompetenz äusserst schmal ist, liegt auf der Hand. In einem Urteil des Obergerichts, bei dem diese Frage allerdings nicht eigentlicher Gegenstand der richterlichen Nachprüfung war, wurde festgestellt, dass diese Praxis zwar über den Wortlaut der Verfassung erheblich hinausgehe, aber noch nicht eine unzulässige Überdehnung der Kompetenznorm darstelle. Kompetentielles Verfassungsrecht, das zeitgemäss sein und der Rechtsentwicklung folgen soll, könne an einen

⁵⁾ Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 488; Blum, S. 172/73.

⁶⁾ Vgl. Verordnung über die Form der Inpflichtnahme vom 27. November 1885.

⁷⁾ Vgl. Geschäftsreglement des Grossen Rates vom 16. September 1970.

⁸⁾ Verfassung von 1803: Art. VI Abs. 2 Ziff. 4; Verfassung von 1814: § 9 Abs. 1 Ziff. 1; Verfassung von 1831: § 41 lit. e Abs. 1; Verfassung von 1841: § 43 lit. f Abs. 1; Verfassung von 1852: § 44 lit. l.

⁹⁾ Verfassungsrevision des Kantons Aargau 1884–1885, Stenographischer Bericht über die Verhandlungen des Verfassungsrathes, S. 121.

¹⁰⁾ Vgl. Welti, S. 3.

einmal festgestellten Wortsinn weniger gebunden werden als etwa freiheitsbeschränkendes Polizei- oder Strafrecht.¹¹⁾

Heute ist man sich darüber einig, dass das Volk in der Demokratie sich zumindest zu den grundlegenden Vorschriften des öffentlichen Dienstrechts äussern können sollte, da diese Bestimmungen wichtiger sind als manches, was ihm sonst über das obligatorische oder fakultative Referendum zur Abstimmung unterbreitet wird.¹²⁾

Neben den beiden erwähnten grundlegenden Verfassungsbestimmungen finden sich weitere dienstrechtliche Vorschriften über die ganze Verfassung verstreut. So schreibt die Verfassung z. B. ausdrücklich die periodische Wiederwahl der Beamten, die öffentliche Ausschreibung und Wählbarkeitsbedingungen für gewisse Ämter vor und bestimmt, welche Beamten durch Volkswahl zu bestimmen sind.

Gestützt auf StV Art. 33 Abs. 1 lit. m erlässt der Grosse Rat die sogenannten *Besoldungsdekrete*, welche in den letzten Jahren in immer kürzeren Abständen revidiert werden mussten, um den sich ändernden Verhältnissen bei der Besoldung gerecht zu werden. Das gegenwärtig in Kraft stehende Dekret über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Staatsbeamten (Besoldungsdekret) datiert vom 24. November 1971; es stellt den wichtigsten dienstrechtlichen Erlass im Kanton Aargau dar und steht im Mittelpunkt aller in dieser Arbeit untersuchten Gesetze und Verordnungen. Es regelt nämlich nicht nur die Besoldungen, sondern enthält auch allgemeine Bestimmungen über das Dienstverhältnis der Beamten und deren Rechte und Pflichten. Es gilt subsidiär sowohl für die Beamten im weiteren Sinne, wie Lehrer und Polizisten,¹³⁾ als auch für Nichtbeamte, wie Regiearbeiter, Aushilfen, Forstangestellte und Abwarte. Die diese Personalkategorien regelnden Spezialerlasse erklären alle das Besoldungsdekret für massgebend, soweit keine abweichenden Vorschriften bestehen. Die *Angestelltenverordnung* hingegen verweist nicht auf das Besoldungsdekret, sondern regelt alle Fragen grundsätzlich selbständig.¹⁴⁾ Die beiden andern, ebenfalls am 24. November 1971 erlassenen Besoldungsdekrete, das *Lehrerbesoldungsdekret* und das *Dekret über die Besoldung des Polizeikorps*, regeln viele Spezialfragen dieser beiden Beamtenkategorien, auf die in dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden kann.

¹¹⁾ Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau (verwaltungsgerichtliche Abteilung) vom 25. Oktober 1963, Art. 54, S. 9/10.

¹²⁾ Roos, S. 24; Meyer, S. 13. Vgl. § 94 Abs. 1 des vom Volk in der Abstimmung vom 29. April 1979 abgelehnten Verfassungsentwurfs vom 13. Dezember 1978, der eine gesetzliche Regelung der Grundzüge der Organisation des Regierungsrates, der kantonalen Verwaltung und des Beamtenrechts vorsah.

¹³⁾ LBD § 62; Dekret über die Besoldung des Polizeikorps § 6.

¹⁴⁾ Näheres im Abschnitt über die Personalkategorien.

In allen Besoldungsdekreten wird der Regierungsrat zum Erlass der erforderlichen Vollzugsvorschriften ermächtigt;¹⁵⁾ das Besoldungsdekret für die Staatsbeamten überträgt dem Regierungsrat zudem die Regelung der Anstellungsverhältnisse und Besoldungen der Aushilfen, Angestellten, Nebenbeamten, Praktikanten und Lehrlinge.¹⁶⁾ Viele weitere Vorschriften mit dienstrechtlichem Inhalt finden sich in Spezialerlassen unterschiedlicher Gesetzesstufe.

Die Aufteilung der dienstrechtlichen Vorschriften auf viele einzelne Erlasse, in denen zum Teil dieselben Bestimmungen wiederholt werden, vermag nicht zu befriedigen. Zu wünschen wäre ein *Beamtengesetz* analog dem Bundesbeamtengesetz, dem die für alle öffentlichrechtlichen Dienstnehmer gültigen *allgemeinen Bestimmungen* entnommen werden könnten. In die Erlasse für die einzelnen Personalkategorien brauchten dann lediglich jene Vorschriften aufgenommen zu werden, welche die für die jeweilige Kategorie typischen Spezialfragen und die Besoldungen regeln. Dadurch würde auch die Arbeit des Gesetzgebers erleichtert, und es käme nicht zu Unstimmigkeiten infolge mangelhafter gegenseitiger Anpassung.

Bereits im Jahre 1919 forderte Dr. Ernst Steiner im Aargauischen Beamtenblatt ein einheitliches Beamtengesetz.¹⁷⁾ Am 4. Juni 1951 wurde vom Grossen Rat eine von Max Byland eingereichte Motion erheblich erklärt, in welcher der Motionär festhielt, es sei dringend nötig, das gesamte Beamtenrecht zu kodifizieren; vor allem eine Disziplinargerichtsbarkeit sei wünschenswert, und auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit sei auszubauen.¹⁸⁾ Daraufhin erarbeitete der damalige Oberrichter Dr. Werner Dubach einen Vorentwurf zu einem Beamtengesetz,¹⁹⁾ der im Sommer 1956 den interessierten Instanzen zugestellt wurde. Der Vorentwurf wurde jedoch nicht weiterbehandelt, weil man der ebenfalls durch die Motion Max Byland angeregten Revision der Verwaltungspflege Priorität einräumte.

Die Vorbereitung neuer und die Überwachung eines einheitlichen Vollzugs bestehender dienstrechtlicher Erlasse besorgt die *Personalsektion* der dem Finanzdepartement unterstellten Finanzverwaltung. Es gab Bestrebungen, ein eigentliches Personalamt zu schaffen, welches eine eigene Abteilung innerhalb des Finanzdepartements bilden oder direkt

¹⁵⁾ BD § 41; LBD § 64 Abs. 2; Dekret über die Besoldung des Polizeikorps § 7.

¹⁶⁾ BD § 33 Abs. 2.

¹⁷⁾ BeaBl. 16 (1919) S. 90. In BeaBl. 18 (1921) S. 9 und BeaBl. 44 (1947) S. 89 wiederholte der Autor seine Forderung.

¹⁸⁾ Verhandlungen des Aargauischen Grossen Rates 1949–53, Art. 450, S. 523 f.

¹⁹⁾ Vorentwurf und Begleitbericht zu einem Gesetz über das Dienstverhältnis der Beamten und Angestellten (Beamtengesetz), Entwurf vom August 1956 von Dr. Werner Dubach, Oberrichter, Aarau.

dem Regierungsrat unterstellt werden sollte; die parlamentarischen Vorstösse blieben aber bis heute ohne Erfolg.²⁰⁾ Die Personalsektion bearbeitet grundsätzliche Personalfragen, individuelle Anträge von Dienstnehmern und Amtsstellen, führt die Personalstatistik, berechnet das Besoldungsbudget und besorgt die Berechnung der Besoldung der einzelnen Dienstnehmer.

²⁰⁾ Vgl. Postulat Rolf Burri vom 15. September 1970, Verhandlungen des Aargauischen Grossen Rates 1969–73, Art. 866, S. 927; Interpellation Dr. Max Knecht vom 8. April 1975, Verhandlungen des Aargauischen Grossen Rates 1973–77, Art. 1063, S. 1378/79.

II. Die Personalkategorien

A. Die Beamten

Bei den meisten Dienstrechten wird zumindest eine Unterscheidung zwischen den beiden Personalkategorien der Beamten und der Angestellten getroffen. In der Literatur wurde immer wieder betont, es bestehe kein rechtlicher, sondern nur ein sprachlicher Unterschied zwischen diesen beiden Kategorien.¹⁾ Im Kanton Aargau, im Bund und in den meisten Kantonen bildet die alleine den Beamten zustehende *feste Amtsdauer* das entscheidende Kriterium,²⁾ ein Kriterium, dem sehr wohl rechtliche Bedeutung zukommt, wie bei der Behandlung der Beendigung der Beamten- und Angestelltenverhältnisse zu zeigen sein wird.³⁾ Früher bestanden Bestrebungen, eine Unterscheidung nach Funktionen vorzunehmen, wobei die Beamteneigenschaft bei Dienstnehmern ohne obrigkeitliche Befugnisse und ohne Selbständigkeit in der Erledigung ihrer Geschäfte abgelehnt wurde.⁴⁾

Im aargauischen Dienstrecht ist die Funktion eines Dienstnehmers für die Einteilung in die Beamtenkategorie irrelevant. Auch ein mit einfachen Schreibarbeiten beschäftigter Büroangestellter kann – trotz der Verwirrung stiftenden Funktionsbezeichnung – der Beamtenkategorie angehören, wenn er auf Amtsdauer gewählt wurde. Das gleiche gilt für Handwerker, Sekretärinnen usw. und auch für nicht vollamtlich beschäftigte Dienstnehmer.⁵⁾

Als Beamte im weiteren Sinne kann man die Lehrer und Polizisten bezeichnen. Zweifellos besitzen diese Dienstnehmer Beamteneigenschaft,⁶⁾ sie unterstehen aber nur insofern dem Beamtenbesoldungsdekret, als das Lehrbesoldungsdekret bzw. das Dekret über die Besoldung des Polizeikorps keine abweichenden Bestimmungen enthält.⁷⁾ Zu beachten ist allerdings, dass die überwiegende Mehrheit der Lehrer aus Volksschullehrern, d.h. Lehrern an Primar-, Sekundar- und Bezirksschulen besteht. Diese Lehrer sind Gemeindebeamte und gehören nicht zum Staatsper-

1) Richner, S. 46; Meili, S. 19; Beat Keller, S. 19; Ducloux, S. 17.

2) Vgl. BD § 1: «Beamte im Sinne dieses Dekretes sind alle Funktionäre des Staates, die auf Amtsdauer gewählt sind.» BtG Art. 6 Abs. 1; Jud, S. 38 f.

3) Vgl. hinten S. 101 ff.

4) Hans Müller, Beamtenrecht, S. 171; Nievergelt, S. 11/12.

5) Vgl. BD § 18 Abs. 2.

6) Für die Lehrer vgl. BGE 91 I 263; Eichenberger/Ruch, S. 4.

7) LBD § 62; Dekret über die Besoldung des Polizeikorps § 6.

sonal, obwohl sie vom Staat besoldet werden.⁸⁾ Eindeutig kantonale Beamte sind dagegen die Mittelschullehrer. Sie werden vom Regierungsrat gewählt, dieser übt die Oberaufsicht über sie aus, und sie sind im Gegensatz zu den Volksschullehrern bei der Beamtenpensionskasse versichert und unterstehen nicht dem Lehrerpensionsdekret.⁹⁾

Wir haben gezeigt, wie sich im aargauischen Dienstrecht die Beamten von den Angestellten unterscheiden: Beamte werden auf Amtsdauer gewählt, Angestellte auf unbestimmte oder bestimmte Zeit angestellt. Nach welchen Gesichtspunkten werden nun aber die Dienstnehmer der einen oder der andern Kategorie zugeordnet? Im Kanton Aargau lässt sich kein eindeutiges Kriterium finden, woraus geschlossen werden könnte, welche Dienstnehmer im Beamten- und welche im Angestelltenverhältnis beschäftigt werden. In der aargauischen Zentralverwaltung bekleiden alle Dienstnehmer den Beamtenstatus, während man beim ausserhalb der Zentralverwaltung beschäftigten Staatspersonal die Faustregel aufstellen kann, dass Büropersonal und Dienstnehmer in leitenden Funktionen als Beamte, technisches Personal und Dienstnehmer mit weniger selbständiger Tätigkeit dagegen als Angestellte eingestellt werden. Diese Einteilung beruht wohl auf der geschichtlichen Entwicklung der Kantonsverwaltung. Als Beamte wurden schon immer die mit eigentlichen Verwaltungsarbeiten beschäftigten Dienstnehmer betrachtet, denn sie verrichten die traditionelle Tätigkeit eines Beamten. Zu den seit jeher den Beamten vorbehaltenen Institutionen zählten allenfalls noch die Gerichte. Mit den ausserhalb dieses Wirkungsbereiches beschäftigten Dienstnehmern wollte man jedoch nur dann ein Beamtenverhältnis eingehen, wenn sie in leitenden Funktionen tätig waren.

In den staatlichen Anstalten wird das Personal zum Teil im Beamten-, zum Teil im Angestelltenverhältnis beschäftigt. Welche Dienstnehmer welcher Personalkategorie angehören, lässt sich nur den betreffenden Organisationserlassen der Anstalten entnehmen. Als Beispiele seien hier die Strafanstalt Lenzburg und das Kantonsspital Aarau erwähnt. In der Strafanstalt Lenzburg werden der Direktor, der Verwalter und die Direktions- und Verwaltungsgehilfen, Lehrer, gewerbliche Hilfslehrer und der Anstaltsarzt ins Beamtenverhältnis aufgenommen. Angestellte sind der Oberaufseher, die Aufseher, die Werkmeister, die Hauswirtschafterin und weibliche Hilfskräfte.¹⁰⁾ Im Kantonsspital Aarau sind der Verwaltungsdirektor, die Chefärzte, die leitenden Ärzte und die in leitender Stellung in der Verwaltung tätigen Dienstnehmer Beam-

⁸⁾ Steinbrück, S. 68 ff. Vgl. StV Art. 65 Ziff. 2 lit. a.

⁹⁾ Steinbrück, S. 84; Lehrerpensionsdekret § 1.

¹⁰⁾ Dekret über die Organisation der Strafanstalt Lenzburg § 3.

te; die Oberärzte, Assistenzärzte, das Pflegepersonal, das medizinische Hilfspersonal und das Betriebspersonal dagegen Angestellte.¹¹⁾

Eine Sonderstellung nehmen die Mitglieder der obersten richterlichen Behörde und der obersten Exekutive ein. Obergerichter und Regierungsräte haben wohl eine beamtenähnliche Stellung, die sich aber in wesentlichen Punkten von der Stellung der ihnen untergeordneten Beamten unterscheidet. Beide Behörden üben ihre Kompetenzen als Kollegium aus, und die einzelnen Mitglieder erscheinen deshalb als Magistraten.¹²⁾ Sie stehen über der für das öffentliche Dienstrecht charakteristischen Hierarchie der Verwaltung; andererseits werden auf sie dennoch beamtenrechtliche Bestimmungen angewendet, und sie gelten auch als Beamte im Sinne des Verantwortlichkeitsgesetzes und des Strafgesetzbuches.¹³⁾ Obergerichter und Regierungsräte stehen wohl in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zum Staat,¹⁴⁾ für beide Behörden bestehen aber spezielle Besoldungsdekrete. Die Stellung der *Obergerichter* ist derjenigen der Staatsbeamten sehr ähnlich. Dies zeigt sich im Dekret über die Besoldung der Mitglieder des Obergerichts, welches mit Ausnahme von zwei Paragraphen das Besoldungsdekret der Staatsbeamten für anwendbar erklärt,¹⁵⁾ und in ihrer Mitgliedschaft bei der Beamtenpensionskasse. Die *Regierungsräte* dagegen haben Anspruch auf ein staatliches Ruhegehalt¹⁶⁾ und unterstehen nicht dem Besoldungsdekret. Der besonderen Rechtsstellung und dem magistralen Charakter, den die beiden Behörden Regierungsrat und Obergericht einnehmen, wird man am ehesten gerecht, wenn man deren Mitglieder als Beamte *im weitesten Sinne* bezeichnet.¹⁷⁾

B. Die Angestellten der Staatsanstalten

Das aargauische Dienstrecht verwendet den Ausdruck Angestellte allgemein für die weder auf Amtsdauer noch aushilfsweise angestellten Dienstnehmer. In diesem Abschnitt soll jedoch von den Angestellten im Sinne der *Angestelltenverordnung* die Rede sein. Diesem Erlass unterstehen nur die in unselbständigen staatlichen Anstalten und Schulen

¹¹⁾ Vgl. Oswald, S. 53 ff.

¹²⁾ Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 373.

¹³⁾ Vgl. VG § 1 Abs. 2; Sieber, S. 264 f.

¹⁴⁾ Für die Regierungsräte vgl. BGE 101 II 182; a. M. Manser, S. 18.

¹⁵⁾ Dekret über die Besoldung der Mitglieder des Obergerichts § 2.

¹⁶⁾ Dekret über die Ruhegehälter der Mitglieder des Regierungsrates § 1.

¹⁷⁾ Vgl. Fleiner/Giacometti, S. 647.

beschäftigten Angestellten.¹⁸⁾ Aus den im Anhang zur Angestelltenverordnung aufgezählten Funktionen ist ersichtlich, welche Berufe in dieser Personalkategorie figurieren. In erster Linie sind dies das Pflegepersonal und das medizinische Hilfspersonal der Kantonsspitäler, das Betriebspersonal der Anstalten und Schulen und die Anstaltslehrer und -psychologen.

Die Einteilung in die Kategorie der Angestellten erfolgt im Kanton Aargau nach andern Gesichtspunkten als im Bund. Nach der Angestelltenordnung des Bundes ist ein ständiger Angestellter ein «Bediensteter, dessen dauernde Verwendung feststeht, der aber aus einem persönlichen oder organisatorischen Grund nicht oder nicht mehr zum Beamten gewählt werden kann.»¹⁹⁾ Demgegenüber ist im aargauischen Dienstrecht für die Zugehörigkeit zur Kategorie der Angestellten der *Ort und die Art der Beschäftigung* ausschlaggebend. Der Angestelltenverordnung unterstehen nur die in unselbständigen staatlichen Anstalten und Schulen beschäftigten Dienstnehmer, und hier wiederum nur bis zu einer gewissen Stellung. Die leitenden Funktionen sind in jedem Falle mit Beamten besetzt.

Die Rechtsstellung der Angestellten unterscheidet sich von derjenigen der Beamten im wesentlichen nur in der Art der Beendigung des Dienstverhältnisses. Während die Beamten auf eine feste Amtsdauer gewählt werden, sind die Angestellten auf *bestimmte* oder meist auf *unbestimmte Zeit* angestellt mit jederzeitiger beidseitiger Kündigungsmöglichkeit.²⁰⁾ Eine gewisse Schlechterstellung gegenüber den Beamten besteht auch bei den Vermögensrechten, wie Lohnzahlung bei Krankheit und Unfall und beim Besoldungsnachgenuss. Viele Bestimmungen der Angestelltenverordnung wurden aus dem Besoldungsdekret übernommen, dafür aber auf einen Paragraphen verzichtet, der das Besoldungsdekret als subsidiär anwendbar erklärt. Trotzdem wird man in Zweifelsfällen auch bei Angestelltenverhältnissen das Besoldungsdekret als wichtigsten dienstrechtlichen Erlass heranziehen, wenn sich eine Lücke zeigen sollte. So wird in der Praxis auch den im Angestelltenverhältnis beschäftigten Dienstnehmerinnen der ursprünglich nur für Beamtinnen vorgesehene bezahlte Schwangerschaftsurlaub gewährt.²¹⁾

¹⁸⁾ AV § 1.

¹⁹⁾ AO Art. 3 Abs. 2.

²⁰⁾ AV § 3.

²¹⁾ VBD § 28.

C. Das Personal der Regiebetriebe

Die sogenannte *Personalverordnung Regiebetriebe* regelt das Dienstverhältnis und die Besoldung der Handwerker, Chauffeure und Arbeiter sowie der Strassenwärter des Baudepartements. An diese Dienstnehmer denkt man in erster Linie, wenn von der Kategorie der Arbeiter die Rede ist.²²⁾ Die Terminologie ist im aargauischen Dienstrecht bei dieser Personalkategorie uneinheitlich. In neueren Erlassen figurieren auch diese Dienstnehmer unter dem Begriff *Angestellte*,²³⁾ in der Personalverordnung Regiebetriebe wird für sie der Ausdruck *Arbeitnehmer* verwendet,²⁴⁾ während sie in der Praxis häufig als *Arbeiter* bezeichnet werden.²⁵⁾

Beim Dienstverhältnis der Arbeiter des Baudepartements (früher Arbeiter des Tiefbauamtes) lässt sich ein Wandel von der früheren Zuordnung zum Privatrecht zur heutigen Unterstellung unter das öffentliche Recht verfolgen. Die Reglemente über die Anstellung der ständigen Arbeiter und der Hilfsarbeiter des kantonalen Tiefbauamtes vom 15. Januar 1937 und vom 22. Februar 1946²⁶⁾ bezeichneten in § 1 Abs. 2 die Vorschriften, die diese Verordnungen enthielten, zu einem Bestandteil des *Dienstvertrages*, der sich im übrigen nach den Vorschriften des Obligationenrechts richtete.²⁷⁾ Der analoge Erlass aus dem Jahre 1955 enthielt eine umfangreichere Regelung dieser Dienstverhältnisse, so dass für die noch als subsidiär geltend erklärten Bestimmungen des Obligationenrechts wenig Raum mehr blieb.²⁸⁾ Nach heutiger Auffassung stehen nicht nur Beamte, die ein öffentliches Amt versehen, sondern grundsätzlich alle Bediensteten eines Gemeinwesens in einem öffentlich-

²²⁾ Vgl. VG § 2, 5 Abs. 1, § 6.

²³⁾ Vgl. BD § 33 Abs. 2 lit. b.

²⁴⁾ Vgl. Personalverordnung Regiebetriebe § 1.

²⁵⁾ Vgl. Botschaft des Regierungsrates Nr. 1914 vom 2. Oktober 1978 (Voranschlag 1979) S. 25 und 60. Im Sachregister der Gesetzessammlung finden sich die diese Personalkategorie betreffenden Erlasse unter dem Stichwort Arbeiter.

²⁶⁾ GS NF Bd. XV (1937) S. 191 ff.; NF Bd. XVII (1946) S. 371 ff.

²⁷⁾ Vgl. auch das Protokoll der Verhandlungen des Aargauischen Grossen Rates 1937–41, Art. 360, S. 63: «Die Arbeiter stehen in einem rein privatrechtlichen Dienstverhältnis und würden also an sich nicht unter das Verantwortlichkeitsgesetz fallen.» Da das Privatrecht aber vom Bund umfassend geregelt ist, kam den in N 26 aufgeführten Reglementen für die Dienstnehmer des Tiefbauamtes lediglich die Bedeutung von dispositivem Recht und allenfalls von Dienstanweisungen zu.

²⁸⁾ Verordnung über das Dienstverhältnis der Strassenwärter sowie der ständigen Arbeiter und Hilfsarbeiter des kantonalen Tiefbauamtes vom 10. Juni 1955 § 6 Abs. 2.

rechtlichen Dienstverhältnis,²⁹⁾ dies gilt auch für das Personal der Regiebetriebe, dessen Dienstverhältnis heute zweifellos dem *öffentlichen Recht* untersteht.³⁰⁾

Auch im Kanton Aargau sollte wie in andern Kantonen und im Bund die Bezeichnung Arbeiter ganz fallengelassen werden.³¹⁾ Auch in der Privatwirtschaft nennt man seit einigen Jahren in vielen Betrieben alle Arbeitnehmer einheitlich Angestellte. Die Einteilung in Arbeiter mit manueller und Angestellte mit geistiger Beschäftigung wird der heutigen Arbeitswelt nicht mehr gerecht und wirkt diskriminierend.³²⁾

Die Personalverordnung Regiebetriebe enthält neben den üblichen Bestimmungen über Anstellung, Kündigung, Besoldung usw. Regelungen über die bei dieser Personalkategorie besonders häufigen Zuschläge für Überzeitarbeit, Arbeit unter erschwerten Bedingungen und Entschädigungen für längere Anfahrtswege.³³⁾

D. Das Forstpersonal

Das Dienstverhältnis der Staatsförster, Forstwarte und Waldarbeiter der Staatsforstverwaltungen wird in einer speziellen *Forstpersonalverordnung* geregelt. Mit Ausnahmen der eigens auf diese Personalkategorie zugeschnittenen Vorschriften über die Pflichten bei Waldbränden und Naturereignissen sowie über Ausrüstung, Akkordarbeit usw.,³⁴⁾ unterscheiden sich die Bestimmungen der Forstpersonalverordnung kaum von denjenigen der Angestelltenverordnung. Subsidiär gilt für das Forstpersonal das Beamtenbesoldungsdekret.³⁵⁾

²⁹⁾ AGVE 1974 S. 159 = Imboden/Rhinow II, Nr. 147, S. 1079, Ziff. I.

³⁰⁾ Vgl. Personalverordnung Regiebetriebe § 2 Abs. 1 und § 3 Abs. 2.

³¹⁾ Im Bundesdienstrecht wurde die Kategorie der Arbeiter 1968 aufgehoben. Die betreffenden Dienstnehmer wurden im Beamten- oder Angestelltenverhältnis weiterbeschäftigt; vgl. AS 1968, 145. Eine Aufhebung der Kategorie der Arbeiter war auch vorgesehen im Vorentwurf Beamtengesetz, vgl. S. 4.

³²⁾ Bei der Revision des Arbeitsvertragsrechts (OR Art. 319 ff.) im Jahre 1971 wurde die im alten OR in Art. 347 Abs. 2 noch getroffene Unterscheidung ebenfalls fallengelassen.

³³⁾ Personalverordnung Regiebetriebe § 11 und 13 Abs. 3 und 4; vgl. auch die Verordnung über die Abgeltung des Pikettdienstes und der Inkonvenienzen für Strassenmeister, Chauffeure, Strassenarbeiter sowie ständige Arbeiter und Hilfsarbeiter der Abteilung Tiefbau des Baudepartementes vom 5. März 1973.

³⁴⁾ Vgl. Forstpersonalverordnung § 10, 11 und 14.

³⁵⁾ Forstpersonalverordnung § 2.

E. Die Aushilfen

Der *Aushilfenverordnung* unterstehen die voll- und nebenamtlichen Angestellten des Staates, die weder Beamte noch Angestellte im Sinne der Angestelltenverordnung sind und deren Tätigkeit nicht in einem besonderen Erlass geregelt ist.³⁶⁾ Durch die Einstellung von Aushilfen wird es dem Staat ermöglicht, vorübergehenden, grossen Arbeitsanfall zu bewältigen, ohne neue Stellen schaffen zu müssen. Auch für einmalige Aufgaben, die nach bestimmter Zeit auslaufen, eignet sich diese Anstellungsart. Es wird keineswegs nur weniger qualifiziertes Personal nach Aushilfenverordnung eingestellt; der Rechtsdienst des Regierungsrates und das Baudepartement beschäftigen z. B. auch Juristen aushilfsweise. Beamte und Angestellte können zudem nach ihrer Pensionierung als Aushilfen weiterbeschäftigt werden.³⁷⁾

Die Aushilfenverordnung schreibt vor, bei einer auf unbestimmte Zeit angestellten Aushilfe nach Ablauf von zwei Jahren zu prüfen, ob nicht die Schaffung einer definitiven Stelle oder die Errichtung eines Beamten- oder Angestelltenverhältnisses angezeigt ist.³⁸⁾ Die Rechtsstellung der im Aushilfsverhältnis stehenden Dienstnehmer stimmt im wesentlichen mit derjenigen der Angestellten der Staatsanstalten überein; auch die Aushilfen stehen in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis.

F. Weitere Personalkategorien

Im aargauischen Dienstrecht finden sich noch einige weitere Erlasse, die das Dienstverhältnis und die Besoldung oder nur die Besoldung bestimmter Dienstnehmer regeln. Meist umfassen diese Verordnungen nur wenige Paragraphen und wenden sich an einen kleinen Personenkreis.

Mit welcher Inkonsequenz im aargauischen Dienstrecht die verschiedenen Personalkategorien bezeichnet werden, zeigt sich deutlich bei den Abwarten der staatlichen Gebäude. Erlassen wurde die diese Kategorie von Dienstnehmern betreffende Verordnung gestützt auf § 27 Abs. 2 des Besoldungsdekrets von 1966, welcher den Regierungsrat zur Regelung der Dienstverhältnisse und Besoldungen der *Angestellten* der Staatsanstalten und der staatlichen Betriebe ermächtigt; in der Personalstatistik des Voranschlages erscheinen die Abwarte unter «*Arbeiter und*

³⁶⁾ Aushilfenverordnung § 2.

³⁷⁾ Aushilfenverordnung § 5.

³⁸⁾ Aushilfenverordnung § 7 Abs. 2.

Handwerker»;³⁹⁾ rechtlich sind die Abwarte aber der Kategorie der *Beamten* zuzuordnen, da sie auf eine Amtsdauer von vier Jahren gewählt werden.⁴⁰⁾

Der Regierungsrat hat ferner Verordnungen erlassen über die Rechtspraktikanten,⁴¹⁾ Forstpraktikanten,⁴²⁾ das Lehr-, Lern- und Praktikumpersonal am Kantonsspital Aarau,⁴³⁾ das Lernpflegepersonal⁴⁴⁾ und die Hilfslehrer und Stellvertreter.⁴⁵⁾

³⁹⁾ Vgl. Botschaft des Regierungsrates Nr. 1914 vom 2. Oktober 1978 (Voranschlag 1979), S. 60.

⁴⁰⁾ Verordnung über das Dienstverhältnis und die Besoldungen der Abwarte in den staatlichen Gebäuden vom 18. Dezember 1969 § 6.

⁴¹⁾ Verordnung über die Rechtspraktikanten vom 5. Januar 1962.

⁴²⁾ Verordnung über die Entschädigung der Forstpraktikanten vom 18. Juli 1968.

⁴³⁾ Verordnung über die Entschädigung des Lehr-, Lern- und Praktikumpersonals am Kantonsspital Aarau vom 4. September 1972.

⁴⁴⁾ Verordnung über die Besoldung des Lernpflegepersonals vom 23. Februar 1976.

⁴⁵⁾ Verordnung über das Dienstverhältnis und die Besoldungen der Hilfslehrer und Stellvertreter und die Nebenbeschäftigungen an öffentlichen Schulen vom 17. Dezember 1971.

III. Die Begründung des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses

A. Die Voraussetzungen des Dienstverhältnisses

1. Die öffentliche Ausschreibung der Stelle

Bei der Begründung eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses müssen einige durch die Rechtsordnung vorgeschriebene Voraussetzungen erfüllt werden, die dem privatrechtlichen Arbeitsrecht fremd sind. Eine vom Dienstherrn zu beachtende Voraussetzung bildet die *öffentliche Ausschreibung* gewisser Ämter, wie sie in vielen Kantonen und auch im Bund vorgeschrieben ist.¹⁾

Der Zweck, der mit diesen Bestimmungen verfolgt wird, ist einleuchtend: Jedermann soll von einer freiwerdenden Stelle erfahren und sich um sie bewerben können, nicht bloss diejenigen, die die besseren Beziehungen zu den betreffenden Instanzen haben und deshalb von der zu besetzenden Stelle wussten. Wer bei einer öffentlichen Stellenbewerbung eine Offerte einreicht, hat ein Recht darauf, dass diese geprüft und mit den andern Bewerbungen verglichen wird.²⁾ Für den Dienstherrn hat die öffentliche Stellenausschreibung den Vorteil, alle interessierten Anwärter auf einfache Weise erreichen zu können, und er verfügt dadurch über eine grössere Auswahlmöglichkeit.

Die Staatsverfassung des Kantons Aargau schreibt die öffentliche Ausschreibung vor für «alle aus dem Staatsgut besoldeten, nicht unmittelbar durch die Verfassung festgesetzten Ämter und Stellen, mit Inbegriff jedoch der Stellen des Staatsschreibers, des Obergerichtsschreibers und der Bezirksgerichtsschreiber.»³⁾ Drei Stellen mussten ausdrücklich erwähnt werden, weil sie zwar in der Verfassung festgelegt sind, aber nicht wie die übrigen, in der Verfassung verankerten Ämter durch Volks- oder Parlamentswahl besetzt werden.

Vorschriften über die öffentliche Ausschreibung finden sich im aargauischen Dienstrecht ausser in der Verfassung auch in den noch aus der Zeit vor der heute gültigen Verfassung stammenden Organisationsgesetzen des Obergerichts, der Bezirksgerichte und der Bezirksämter.⁴⁾

¹⁾ Vgl. BtG Art. 3.

²⁾ SOGE 1963 Nr. 7.

³⁾ StV Art. 6 Abs. 2

⁴⁾ OGrOG § 9 Abs. 2; BzGrOG § 8 Abs. 4; BzAOG § 2 Abs. 2.

Ist eine Stelle ohne vorherige öffentliche Ausschreibung besetzt worden, liegt ein Verfahrensmangel vor, und die Wahl ist anfechtbar.⁵⁾ Im Kanton Aargau hält man sich strikte an die Vorschrift der öffentlichen Ausschreibung. Auch wenn der zukünftige Amtsinhaber intern praktisch bereits feststeht, wird die Stelle zumindest im Amtsblatt ausgeschrieben. Gelegentlich macht man aber Aussenstehende auf die internen Verhältnisse aufmerksam, indem man Bemerkungen wie «Der bisherige Stellvertreter gilt als angemeldet» in die Ausschreibung aufnimmt.

2. Die Anstellungsvoraussetzungen

Die Rechtsordnung setzt für Personen, die ein öffentlichrechtliches Dienstverhältnis eingehen möchten, gewisse Voraussetzungen ausdrücklich fest, andere Erfordernisse ergeben sich stillschweigend aus der Natur des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses und der damit verbundenen besonderen Pflichten. Zwei Gruppen von Voraussetzungen lassen sich unterscheiden: Gewisse *allgemeine* Erfordernisse muss jeder Stellenanwärter erfüllen, um in ein Dienstverhältnis zum Staat eintreten zu können, während andere, *spezielle* Voraussetzungen sich aus den Anforderungen des zu besetzenden Amtes ergeben.

Die Verfassung verlangt, dass zwei Voraussetzungen bei den durch sie selbst festgesetzten Ämtern erfüllt sind: Der Bewerber muss *stimmberechtigt* und seit fünf Jahren *Schweizerbürger* sein.⁶⁾ Im Gegensatz zum Bund und vielen andern Kantonen ist die *schweizerische Staatsangehörigkeit* im Kanton Aargau somit für die nicht in der Verfassung verankerten Ämter kein Anstellungserfordernis.⁷⁾ Bei der Verfassungsrevision von 1885 wollte man ursprünglich auch für die in einem Gesetz festgelegten Ämter das Schweizerbürgerrecht verlangen. Man beschränkte sich dann aber darauf, nur die Verfassungsämter den Schweizerbürgern vorzubehalten, weil man es nicht verunmöglichen wollte, einem Ausländer ein Lehramt zu übertragen.⁸⁾ Heute sind die im Beamtenverhältnis angestellten Dienstnehmer ausländischer Staatsangehörigkeit vor allem in den technischen Funktionen beschäftigt.⁹⁾ Gesetzlich vorgeschrieben ist der Besitz des Schweizerbürgerrechts jedoch für die Gerichtsschreiber, deren

⁵⁾ Vgl. Im Hof, S. 262a; Strub, S. 56. Für Ungültigkeit der Wahl: Manser, S. 41.

⁶⁾ StV Art. 4.

⁷⁾ Vgl. BtG Art. 2 Abs. 1; AO Art. 6 Abs. 1.

⁸⁾ Verfassungsrevision des Kantons Aargau 1884-1885, Stenographischer Bericht über die Verhandlungen des Verfassungsrathes, S. 3/4.

⁹⁾ Nach einer schriftlichen Auskunft der Personalsektion des Finanzdepartementes waren am 12. August 1977 in der aargauischen Zentralverwaltung 31 fest gewählte Beamte Ausländer.

Stellvertreter und die Kanzleiangestellten des Obergerichts und der Bezirksgerichte.¹⁰⁾

Normalerweise wird man von einem Beamten oder Angestellten auch die *zivilrechtliche Handlungsfähigkeit* verlangen; fehlen wird diese aber wie die politische Handlungsfähigkeit natürlich bei den Lehrlingen und bei Minderjährigen, die oft in den Anstalten beschäftigt werden. Vom öffentlichen Dienst ausgeschlossen sind ferner die Personen, über welche vom Richter die Nebenstrafe der Amtsunfähigkeit¹¹⁾ ausgesprochen wurde.

Die Gesundheit des Dienstnehmers kann bei der Anstellung ebenfalls eine Rolle spielen, denn die Wahl kann vom Ergebnis einer vertrauensärztlichen Untersuchung abhängig gemacht werden.¹²⁾ Für manche Stellen, wie z. B. diejenige eines Chauffeurs oder eines Waldarbeiters, sind gewisse körperliche Voraussetzungen durch das Amt selbst bedingt. Andererseits können einzelne Dienstnehmer ihren Beruf ausüben, obwohl ihr Gesundheitszustand nicht einwandfrei ist. Diese Dienstnehmer können wohl angestellt werden, sie werden aber nicht als Vollmitglied in die Beamtenpensionskasse aufgenommen, sondern lediglich als Sparversicherte, die für die Kasse keinerlei Risiko darstellen.¹³⁾

Zwischen allgemeinen und speziellen Voraussetzungen ist das Erfordernis des *guten Leumunds* anzusiedeln. Zwar wird man von jedem Dienstnehmer im Staatsdienst ein gewisses Mindestmass an Unbescholtenheit erwarten; man wird jedoch nicht so weit gehen, bei jeder untergeordneten Stelle an den Lebenswandel gleich hohe Anforderungen zu stellen wie bei einem Beamten in leitender Funktion. Was bei einem Angestellten des Baudepartements noch toleriert werden kann, verunmöglicht bei einem Polizisten oder Lehrer unter Umständen bereits die Anstellung.

Mit dem konkreten Amt zusammenhängende spezielle Erfordernisse werden zum Teil durch die Rechtsordnung vorgeschrieben, zum Teil sind sie durch die Praxis bedingt. So schreibt die Verfassung als Mindestanforderung für die Mitglieder und Ersatzmänner des Obergerichts und die Bezirksgerichtspräsidenten ein *juristisches Studium* oder vier Jahre *praktische Erfahrung* vor.¹⁴⁾ Eine berufliche Qualifikation wird auch von den Staatsanwälten und den kantonalen Untersuchungsbeamten gefordert; diese Ämter dürfen nur mit patentierten *Anwälten* besetzt wer-

¹⁰⁾ OGrOG § 9 Abs. 1; BzGrOG § 8 Abs. 3. Für das Staatsangehörigkeitsprinzip bei allen Ämtern: Spielmann, S. 28.

¹¹⁾ StGB Art. 51.

¹²⁾ VBD § 4.

¹³⁾ Vgl. VB BPK § 42 Abs. 1.

¹⁴⁾ StV Art. 51 und 54 Abs. 3.

den.¹⁵⁾ Diese Bestimmungen sagen natürlich lediglich etwas aus über das Minimum, das in keinem Fall unterschritten werden darf. Das zu besetzende Amt stellt daneben noch eine Vielzahl von Anforderungen hinsichtlich der beruflichen Qualifikation und der praktischen Erfahrung, denen ein Bewerber genügen muss. Angesichts der Vielfalt der Staatstätigkeit und der modernen Methoden, mit denen die Aufgaben einer spezialisierten Verwaltung bewältigt werden, kann heute von einer allgemeinen Zugänglichkeit der Ämter, wie sie eigentlich zum Wesen des Volksstaates¹⁶⁾ Schweiz gehörte, nicht mehr gesprochen werden.

3. Unvereinbarkeitsbestimmungen

Fehlen bei einem Stellenbewerber die im vorhergehenden Abschnitt besprochenen Wählbarkeitsvoraussetzungen, ist eine entgegen diesen zwingenden Vorschriften erfolgte Anstellung rechtlich ungültig. Anders verhält es sich bei den Unvereinbarkeitsbestimmungen. Tritt ein Unvereinbarkeitsgrund ein, ist die Wahl oder Ernennung rechtsgültig, der Betreffende muss aber den Grund beseitigen, um das Amt antreten oder weiter beibehalten zu können.¹⁷⁾ Einige Unvereinbarkeitstatbestände lassen sich durch Verzicht nicht beseitigen, da sie durch objektive Tatsachen entstehen. Die durch Verwandtschaft oder Schwägerschaft eingetretenen Inkompatibilitäten lassen sich auch nicht durch Auflösung der Ehe aufheben, und der Kandidat bleibt somit vom betreffenden Amt ausgeschlossen.

Unvereinbarkeitsbestimmungen sind aus mancherlei Gründen erlassen worden. Naheliegend ist die Unvereinbarkeit zwischen Ämtern in Legislative, Exekutive und den richterlichen Behörden; dies erfordert das *Gewaltentrennungsprinzip*. Die Verwirklichung des Prinzips der personellen Gewaltentrennung ist aber durch verschiedene Lösungen möglich, die nicht alle gleich weit gehen müssen. Sollen sämtliche öffentlichrechtlichen Dienstnehmer vom Parlament ausgeschlossen bleiben oder nur die vom Regierungsrat gewählten? Sollen auch die vom Volk gewählten Beamten nicht in den Grossen Rat Einsitz nehmen dürfen? Auch ein Verzicht auf diese Art von Unvereinbarkeitsbestimmungen ist denkbar; allerdings müssten dann Vorschriften bestehen, die bei möglichen Interessenkonflikten – z. B. bei Debatten über Besoldungsfragen – die im Parlament sitzenden Dienstnehmer zum Ausstand verpflichten würden. Bei einem Ausschluss aller beim Kanton Aargau beschäftigten oder von

¹⁵⁾ StPO § 3 Abs. 2; Organisationsdekret zur Strafprozessordnung § 2 Abs. 2.

¹⁶⁾ Vgl. Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat, S. 44.

¹⁷⁾ Vgl. Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 299.

ihm direkt besoldeten öffentlichrechtlichen Dienstnehmer würden immerhind rund 7500 Personen betroffen, d. h. ein nicht unbedeutender Teil der Bevölkerung würde in seinen politischen Betätigungsmöglichkeiten empfindlich beschnitten.

Andererseits sprechen natürlich auch viele Gründe für einen Ausschluss der im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stehenden Personen vom Grossen Rat. In erster Linie soll damit vermieden werden, dass zu-beaufsichtigende Personen sich selbst beaufsichtigen. Die Befürchtungen einer gegenseitigen Beeinflussung zwischen Regierungsrat und Beamten mit Grossratsmandat ist heute wahrscheinlich nicht mehr so begründet wie früher,¹⁸⁾ aber dennoch nicht ganz von der Hand zu weisen.

Die Verwaltungstätigkeit soll an streng objektiven Massstäben ausgerichtet sein. Verwandtschaftliche Beziehungen innerhalb einer Behörde könnten die Handlungen eines Dienstnehmers beeinflussen oder dem Ansehen der Verwaltung schaden, indem sie beim Bürger den Verdacht des Nepotismus wecken. Interessenkollisionen sollen vermieden und die Unabhängigkeit des Dienstnehmers gewährleistet werden durch Unvereinbarkeitsbestimmungen, welche die Ausübung bestimmter Berufe neben der Amtstätigkeit verbieten. Schliesslich bestehen noch Vorschriften, welche verhindern sollen, dass bei einer Behörde ein Kantonsgebiet bevorzugt vertreten ist. Unvereinbarkeitstatbestände treten dabei dann ein, wenn eine bestimmte Anzahl Amtsinhaber aus dem gleichen Bezirk stammt.

Bestimmungen zur Verwirklichung der personellen Gewaltentrennung enthält das aargauische Recht auf Verfassungs- und auf Gesetzesstufe. Nicht wählbar in den Grossen Rat sind die «aus dem Staatsgut besoldeten» Beamten, die nicht durch das Volk gewählt werden. Regierungsräte können nicht gleichzeitig Mitglieder des Grossen Rates sein.¹⁹⁾ Umstritten ist seit langem Art. 28 Abs. 3 StV, der die nicht vom Volk gewählten und «aus dem Staatsgut besoldeten» Beamten²⁰⁾ vom Grossen Rat ausschliesst. Diese Bestimmung hat eigenartige Konsequenzen und führt vor allem bei einem Teil der Lehrer zu einer Benachteiligung, die seltsam anmutet. Da die Primar- und Sekundarlehrer vom Volk gewählt werden, ist ihnen die Zugehörigkeit zum Grossen Rat möglich, obwohl sie wie die Bezirks-, Kantonsschul- und Technikumslehrer und die Lehrer an den Höheren pädagogischen Lehranstalten vom Staat besoldet werden. Die Bezirks-

¹⁸⁾ Vgl. Burckhardt, Gewaltentrennung, S. 85.

¹⁹⁾ StV Art. 28 Abs. 3 und 4.

²⁰⁾ Wobei hier natürlich unter Beamten alle Personalkategorien von öffentlichrechtlichen Dienstnehmern zu verstehen sind. Vgl. ZBl. 1950 S. 169; BeaBl. 47 (1950) S. 43. Zur analogen Bestimmung im Bundesrecht, BV Art. 77, vgl. Aubert, S. 464, Ziff. 1264.

lehrer, die eindeutig Gemeindebeamte sind und deren Wahl nicht durch kantonale Instanzen, sondern durch den Gemeinderat zusammen mit der Schulpflege erfolgt, bleiben unverständlicherweise vom Grossen Rat ausgeschlossen.²¹⁾ Demgegenüber ist der Bezirksamtmann als oberster kantonaler Vollziehungsbeamter des Bezirks ins Parlament wählbar, da er durch Volkswahl bestimmt wird. Grotesk ist die Situation auch bei den Bezirksgerichten. Deren Präsidenten sind in den Grossen Rat wählbar, da ihre Wahl durch das Volk erfolgt; ausgeschlossen bleibt aber das Kanzleipersonal.²²⁾ Primar- und Sekundarlehrer, Bezirksgerichtspräsidenten und Bezirksamt männer können somit dem Parlament angehören und selbst bei der Regelung ihres Dienstverhältnisses und ihrer Besoldung mitwirken.

Unklarheit besteht unter der heutigen Verfassungsbestimmung darüber, ob die in den selbständigen Staatsanstalten tätigen Dienstnehmer in den Grossen Rat wählbar sind. Es stellt sich nämlich die Frage, ob diese Dienstnehmer ebenfalls als «aus dem Staatsgut besoldet» anzusehen sind oder ob das rechtlich verselbständigte Vermögen der selbständigen Staatsanstalten nicht mehr zum Staatsgut gezählt werden soll. In einem vom Chef des Rechtsdienstes des Regierungsrates erstellten Gutachten wurde dazu festgestellt, dass nach historischer Auslegung und nach der Regel, dass Ausnahmebestimmungen wie StV Art. 28 Abs. 3 eng zu interpretieren sind, die Funktionäre der selbständigen staatlichen Anstalten in den Grossen Rat wählbar seien.²³⁾

Vorschriften über die *verwandtschaftliche Inkompatibilität* finden sich im aargauischen Dienstrecht auf Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsstufe. Die Staatsverfassung schreibt vor, dass Verwandte und Verschwägte bis und mit dem Grade von Geschwisterkindern sowie Ehegatten und Ehegatten von Geschwistern nicht Mitglieder der gleichen Behörde sein dürfen. Für den Grossen Rat gilt diese Beschränkung jedoch nicht.²⁴⁾ Da die persönlichen Beziehungen zwischen Verschwägerten auch nach Auflösung der Ehe weiterbestehen können, hebt eine Scheidung oder Auflösung der Ehe durch Tod den Ausschlussgrund der Schwägerschaft nicht auf.²⁵⁾ Verwandtschaftliche Unvereinbarkeitsbestimmungen enthalten ferner die Organisationsgesetze der Gerichte und

²¹⁾ Vgl. BGE 91 I 260.

²²⁾ Vgl. zu diesen Problemen Bircher, S. 79.

²³⁾ Georg Müller: Die Wählbarkeit der Funktionäre der selbständigen Staatsanstalten in den aargauischen Grossen Rat. Rechtsgutachten, dem Regierungsrat erstattet am 11. Juni 1976, ZBl. 1976 S. 486 ff. = Brennpunkt 73 (1976) S. 97 ff.

²⁴⁾ StV Art. 5 Abs. 1 und 4.

²⁵⁾ StV Art. 5 Abs. 3.

Bezirksämter²⁶⁾ und eine Verordnung, welche die Ausschlussgründe in den Schulbehörden regelt.²⁷⁾ Die durch die Staatsverfassung postulierte verwandtschaftliche Inkompatibilität besteht auch zwischen den Mitgliedern des Regierungsrates und dem Staatsschreiber und für jeden Regierungsrat und die ihm unmittelbar unterstehenden Beamten, einschliesslich der Vorsteher von Anstalten und selbständigen Ämtern, die dem betreffenden Departementsvorsteher unterstellt sind.²⁸⁾

Unvereinbarkeitsbestimmungen, die auf eine gleichmässige Verteilung der *Herkunft* der Mitglieder einer Behörde abzielen, bestehen für Oberrichter. Es dürfen gleichzeitig nie mehr als zwei Mitglieder des Obergerichts aus einem Bezirk sein.²⁹⁾ Nach ständiger Praxis wird diese Bestimmung so ausgelegt, dass der Heimatort für die Zurechnung zu einem bestimmten Bezirk massgebend ist und nicht der Wohnort.³⁰⁾

Auf die einigen Dienstnehmern auferlegten Beschränkungen in der Ausübung bestimmter *Berufe* wird bei der Behandlung der Nebenbeschäftigungen eingegangen.³¹⁾ Von solchen Berufseinschränkungen werden Mitglieder des Obergerichts und der Bezirksgerichte, verschiedene Beamte dieser Gerichte und der Bezirksämter sowie Forstangestellte betroffen.

Inkompatibilität kann auch bei gleichzeitiger *Zugehörigkeit* zu einer eidgenössischen und einer kantonalen *Behörde* entstehen. So darf von den Mitgliedern des Obergerichts nie mehr als einer dieser Magistraten als National- oder Ständerat der Bundesversammlung angehören.³²⁾ Wie bei gleichzeitiger Wahl von mehreren Oberrichtern in den Nationalrat oder von mehreren Nationalräten in das Obergericht zu entscheiden ist, hat der Gesetzgeber ausdrücklich geregelt.³³⁾ Analoge Bestimmungen gelten für die Regierungsräte. Deren Zugehörigkeit zur Bundesversammlung ist zudem auf drei Amtsperioden beschränkt, wenn ein weiteres Mitglied des Regierungsrates in die Bundesversammlung gewählt wird.³⁴⁾

²⁶⁾ OGrOG § 12; BzGrOG § 12; BzAOG § 3.

²⁷⁾ Verordnung über den Verwandtenschluss, die Unvereinbarkeit und den Austritt in den Schulbehörden vom 17. September 1943 § 2.

²⁸⁾ Organisationsdekret Regierungsrat § 2.

²⁹⁾ StV Art. 51; OGrOG § 2.

³⁰⁾ Diese Auslegung wurde vom Bundesgericht bestätigt: Unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid i. S. K. gegen Grosser Rat des Kantons Aargau vom 25. Juni 1969, S. 4/5.

³¹⁾ Vgl. weiter hinten S. 41 f.

³²⁾ StV Art. 51; OGrOG § 2.

³³⁾ OGrOG § 4 und 5.

³⁴⁾ StV Art. 37 Abs. 3; das Dekret über die Zugehörigkeit eines Mitgliedes des Regierungsrates zur Bundesversammlung vom 25. Februar 1969 regelt die Einzelheiten des Verfahrens bei Eintreten von Unvereinbarkeiten dieser Art.

4. Die Leistung einer Amtskautiön

Mittels Vorschriften über die Hinterlegung einer *Amtskautiön* will sich der Staat schützen vor Schäden, die Dienstnehmer bei der Ausübung ihres Amtes verursachen. In Frage kommen dabei natürlich vor allem jene Dienstnehmer, die aufgrund ihres Amtes mit Geld oder Wertsachen zu tun haben, wie z. B. Betreibungs- und Konkursbeamte, Kassiere usw. Haben diese Beamten beim Amtsantritt eine Kautiön leisten müssen, kann der Staat zumindest auf diese Sicherheit greifen und geht auch dann nicht leer aus, wenn der fehlbare Beamte zahlungsunfähig ist. Ihrem Sinn nach ist die Leistung einer Amtskautiön zu den Antrittsbedingungen zu rechnen; kein Dienstnehmer sollte ein mit einer Kautiönspflicht verbundenes Amt antreten dürfen, ohne zuvor diese Sicherheit geleistet zu haben. In der Praxis wird es allerdings hingenommen, wenn der Kautiönspflichtige erst nach Amtsantritt Kautiön leistet.

Im aargauischen Recht ist die Leistung von Amtskautiönen zum Teil in sehr alten Gesetzen und Verordnungen geregelt und oft sehr unübersichtlich. Vorschriften über die Leistung einer «unbedingten Bürgschaft» für bestimmte Beamte finden sich schon in den über hundert Jahre alten Organisationsgesetzen des Obergerichts, der Bezirksgerichte und der Bezirksämter.³⁵⁾ Nach der Revision des Obligationenrechtes im Jahre 1911 wurden diese Bestimmungen, die eine unbedingte Bürgschaft verlangten, bundesrechtswidrig.³⁶⁾ Im noch im gleichen Jahre beschlossenen Einführungsgesetz zum Schweizerischen Obligationenrecht wurde der Grosse Rat ermächtigt, auf dem Verordnungswege die Amtskautiönen neu zu regeln.³⁷⁾ In der Verordnung über die Amtskautiönen vom 12. September 1916 hat der Grosse Rat detaillierte Vorschriften über die Kautiönen aufgestellt und sich selbst die Bestimmung der Höhe der Kautiönssumme vorbehalten, soweit sie nicht durch Gesetz oder Verordnung bestimmt ist.³⁸⁾

Kautiönen können auf zwei Arten geleistet werden: Durch *Realkautiön*, d. h. durch Hinterlegung von Wertschriften, oder durch den Nachweis der Aufnahme in eine staatlich anerkannte *Amtsbürgschafts-genossenschaft*.³⁹⁾ Von der Möglichkeit, Realkautiön zu leisten, wird in der Praxis kaum Gebrauch gemacht. Fast ausnahmslos treten die kautiönspflichtigen Dienstnehmer als Genossenschafter der seit 1917 be-

³⁵⁾ OGrOG § 48 Abs. 2; BzGrOG § 69 Abs. 3; BzAOG § 38 Abs. 2.

³⁶⁾ Nach OR Art. 493 Abs. 1 bedarf die Bürgschaft zu ihrer Gültigkeit einer Angabe des zahlenmässig bestimmten Höchstbetrages der Haftung.

³⁷⁾ EG OR § 27 Abs. 2.

³⁸⁾ Verordnung über die Amtskautiönen § 1 Abs. 2.

³⁹⁾ Verordnung über die Amtskautiönen § 1 Abs. 1 lit. a.

stehenden *Aargauischen Amtsbürgschaftskasse* bei. Die auf Staatsbeamte entfallenden Bürgschaftssummen machen allerdings nur einen kleinen Teil der gesamten Bürgschaftssumme der Amtsbürgschaftskasse aus, da ihr auch viele Gemeindebeamte und die freiberuflich tätigen Fürsprecher, Notare und Geschäftsagenten angeschlossen sind. Kautionspflichtige Staatsbeamte sind z. B. die Kassaführer der Gerichte und einzelner Anstalten, die Konkursbeamten und deren Stellvertreter sowie die Grundbuchverwalter. Einzelne, noch bestehende Vorschriften über die Kautionspflicht gewisser Ämter sind im Laufe der Zeit stillschweigend ausser Kraft gesetzt worden, während neu entstandene Ämter, deren Inhaber sehr viel mehr Geld zu verwahren oder zu verwalten haben als andere, kautionspflichtige Beamte, gar nie der Kautionspflicht unterstellt wurden.

Die Kaution haftet während des Dienstverhältnisses und noch zwei Jahre nach Beendigung desselben bei Tod oder Rücktritt des Dienstnehmers für allen Schaden, für den er Ersatz leisten muss.⁴⁰⁾ Da der Kanton Aargau die originäre Staatshaftung kennt, d. h. ein geschädigter Privater nicht direkt den fehlbaren Dienstnehmer belangen kann,⁴¹⁾ ist einem Dritten auch der Zugriff auf die Kaution nicht möglich.

Wie der Name Bürgschaftskasse richterweise sagt, leistet diese Institution lediglich *Bürgschaft*, d. h. sie zahlt nur, wenn der Hauptschuldner zahlungsunfähig ist, und wird auf den nach wie vor haftenden Dienstnehmer später Rückgriff nehmen. Bei den einem erhöhten Risiko ausgesetzten Beamten, bei welchen eine versäumte Frist oder eine verspätete Handlung sehr schnell zu einer Schadenersatzklage führen kann – zu denken ist hier beispielsweise an die Konkursbeamten –, ist der Abschluss einer Berufs- oder Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung deshalb ein unerlässlicher Schutz.⁴²⁾

Die Institutionen der Amtskaution und der Amtsbürgschaftskasse muten heute veraltet an und sollten abgeschafft werden. Der Bund hat diesen Schritt schon 1912 vollzogen.⁴³⁾ Für die Abschaffung sprechen vielerlei Gründe: Es sind lange nicht alle Dienstnehmer kautionspflichtig, die mit Geld oder Wertsachen zu tun haben; dies führt zu einer Rechtsungleichheit. Die Kautionssummen sind sehr gering im Verhältnis zum Schaden, den ein Dienstnehmer verursachen könnte. Andererseits sind Schäden dermassen selten, dass die zu deren Deckung in die Wege geleiteten Vorkehren als ungerechtfertigt erscheinen. Der Staat profitiert in grösserem Masse von den durch die Amtsbürgschaftskasse

⁴⁰⁾ Verordnung über die Amtskautionen § 6 Abs. 1, § 7.

⁴¹⁾ VG § 2 Abs. 3.

⁴²⁾ Vgl. Fricker, S. 72 f.

⁴³⁾ AS 28, 95 und 443.

geleisteten Steuern als durch die Zweckbestimmung der Kasse. Der Amtsbürgschaftskasse entstehen neben den Aufwendungen für Steuern Kosten für Entschädigungen, Sitzungsgelder, Rückversicherungsprämien und allgemeine Verwaltungsarbeiten. Umtriebe entstehen auch dem Finanzdepartement bei der Kontrolle der Kautionen.

Sinnvoll wäre es, für alle Dienstnehmer, die mit grösseren Geldbeträgen in Berührung kommen oder denen in anderer Weise Vermögenswerte anvertraut werden, den Abschluss einer Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung vorzuschreiben. Dadurch würde vieles vereinfacht, und im Falle eines grossen Schadens hätte der Staat nicht nur für einige tausend Franken Sicherheiten.

B. Die Anstellung

Erfüllt der Stellenbewerber alle Voraussetzungen und bestehen keine Hindernisse in der Form von Unvereinbarkeiten (die allerdings unter Umständen auch noch nach erfolgter Anstellung ausgeräumt werden können), kann die *Wahl* bzw. *Ernennung* vorgenommen werden. Im aargauischen Dienstrecht wird der Ausdruck *Wahl* bei der Begründung des Beamtenverhältnisses und der Ausdruck *Anstellung* beim Angestelltenverhältnis verwendet.⁴⁴⁾ Diese Terminologie ist zwar einheitlich, aber rechtlich nicht einwandfrei. Unter *Wahl* versteht man ein politisches Verfahren zur Besetzung von öffentlichen Ämtern durch das Stimmvolk oder das Parlament.⁴⁵⁾ Von *Wahl* kann daher richtigerweise nur bei den durch das Volk oder den Grossen Rat gewählten Beamten gesprochen werden. Selbstverständlich können aber nicht sämtliche Beamte auf diese, den Stimmbürger sehr belastende Weise ausgewählt werden. Für die Begründung der Dienstverhältnisse aller übrigen Dienstnehmer wäre der Begriff *Ernennung* korrekt.⁴⁶⁾ Ernannt werden somit die vom Regierungsrat, den Departementen, den Anstaltsorganen oder den Gerichten in eigenem Ermessen bestimmten Beamten und alle Dienstnehmer im Angestelltenverhältnis. Das Charakteristische bei der Ernennung ist, dass die ernennende Instanz verwaltungshierarchisch über dem Ernannten steht.⁴⁷⁾ Der im aargauischen Dienstrecht zur Bezeichnung der Begründung der Angestelltenverhältnisse verwendete Ausdruck *Anstellung* ist ein auch im Privatrecht vorkommender Begriff und wird in der Folge als Oberbegriff der Ausdrücke *Wahl* und *Ernen-*

⁴⁴⁾ Vgl. BD § 2; AV § 3 Abs. 1.

⁴⁵⁾ Grisel, S. 239; Eichenberger/Ruch, S. 5.

⁴⁶⁾ Vgl. Jud, S. 76.

⁴⁷⁾ Grisel, S. 239; Eichenberger/Ruch, S. 6.

nung verwendet.⁴⁸⁾ Ob ein Dienstverhältnis durch Wahl oder Ernennung begründet wird, macht praktisch keinen Unterschied. In jedem Fall handelt es sich dabei um einen Verwaltungsakt.⁴⁹⁾

Umstritten ist die Frage, ob ein abgewiesener Bewerber die zu seinen Ungunsten ausgegangene Anstellung anfechten kann. Anlässlich einer Beamtenernennung im Kanton Basel-Stadt trat weder das kantonale Verwaltungsgericht auf eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde, noch das Bundesgericht auf eine staatsrechtliche Beschwerde eines abgewiesenen Kandidaten ein. Zur Begründung wurde in beiden Fällen angeführt, der Beschwerdeführer sei nicht in seinen rechtlichen, sondern nur in seinen tatsächlichen Verhältnissen berührt.⁵⁰⁾ Abgelehnt wird die Möglichkeit einer Beschwerde eines nicht ernannten Beamten auch von Kaufmann und Fleiner.⁵¹⁾

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist weder nach eidgenössischem noch nach aargauischem Recht für solche Fälle vorgesehen;⁵²⁾ der abgewiesene oder nicht beförderte Bewerber kann sich jedoch der *verwaltungsinternen Rechtsmittel* bedienen. Das aargauische VRPG verlangt zur Legitimation einer Beschwerde wie das OG zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein schutzwürdiges eigenes Interesse.⁵³⁾ Das Bundesgericht betrachtet dann das Interesse eines Beschwerdeführer als schutzwürdig, wenn derselbe eine beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache hat und durch die Verfügung unmittelbar in seiner rechtlichen oder tatsächlichen Stellung betroffen wird.⁵⁴⁾ Ein Bewerber, der sich im konkreten Fall um eine Anstellung bemüht hat, erfüllt m. E. diese Voraussetzungen.⁵⁵⁾ Nach Ansicht des aargauischen Regierungsrates und des Eidgenössischen Finanzdepartementes stellen Wahlen und Ernennungen von Beamten grundsätzlich anfechtbare Verwaltungsakte dar.⁵⁶⁾ Ausgeschlossen ist aber die Prüfung der Frage, ob wirklich

⁴⁸⁾ Vgl. Fleiner/Giacometti, S. 661 N 2.

⁴⁹⁾ Über die Rechtsnatur der Anstellung vgl. S. 33 ff.

⁵⁰⁾ BJM 1972 S. 95; BGE 98 Ia 654/55. Vgl. OG Art. 84 in Verbindung mit OG Art. 88.

⁵¹⁾ Kaufmann, *Beamtenrecht*, S. 385; Thomas Fleiner, S. 393.

⁵²⁾ Der Bund kennt die sogenannte Generalklausel mit negativer Enumeration und schliesst Beschwerden gegen «Verfügungen über die erstmalige Begründung des Dienstverhältnisses und über die Beförderung» ausdrücklich aus in OG Art. 100 lit. e Ziff. 1. Das aargauische VRPG dagegen kennt das System der positiven Enumeration und führt diese Fälle nicht in seinem Beschwerdekatalog.

⁵³⁾ VRPG § 38 Abs. 1; vgl. OG Art. 103 lit. a.

⁵⁴⁾ BGE 99 Ib 213; 98 Ib 70.

⁵⁵⁾ Verneint wurde die Schutzwürdigkeit in einem Entscheid des Bundesrates vom 9. Januar 1974, VPB 38/1974 Nr. 68 S. 17/18.

⁵⁶⁾ AGVE 1975 S. 550 = ZBl. 1976 S. 17; VPB 39/1975 Nr. 47 S. 17.

der geeignetste Bewerber ausgewählt wurde, da die Auswahl der Dienstnehmer im freien Ermessen der Verwaltung liegt.⁵⁷⁾ Wurde die Befugnis zur Ernennung an eine untere Behörde delegiert, hat diese auch das Recht, die Ernennung nach ihren eigenen Gesichtspunkten vorzunehmen, da sonst die Kompetenzdelegation keinen Sinn hätte.⁵⁸⁾

Bei den durch Volkswahl zu bestimmenden Beamten hat der sich in seiner Rechtsstellung verletzt fühlende Bürger die Möglichkeit einer *Wahlbeschwerde* ans Bundesgericht.⁵⁹⁾ Legitimiert sind zu dieser Beschwerde aber nur die im konkreten Fall wahl- und stimmberechtigten Aktivbürger.⁶⁰⁾

Die Amtsperiode aller Beamten – mit Ausnahme der Lehrer – beginnt und endet im selben vierjährigen Turnus.⁶¹⁾ Wird ein Beamter während der laufenden Amtsperiode gewählt, gilt die Wahl nur bis zu deren Ablauf.⁶²⁾ Die Lehrer wurden dagegen ursprünglich auf eine volle sechsjährige Amtsdauer gewählt, die für jeden einzelnen Dienstnehmer individuell ablief.⁶³⁾ Eine individuelle Amtsdauer würde beim heutigen grossen Personalbestand im Bildungssektor die Wiederwahl erheblich erschweren, und so wird denn auch heute ein während der laufenden Amtsperiode an eine kantonale Schule gewählter Lehrer nur noch für den Rest der Amtsdauer gewählt.⁶⁴⁾

Feierlich bekräftigt wird die Begründung eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses durch die *Inpflichtnahme*.⁶⁵⁾ Das aargauische Recht verlangt, dass alle öffentlichen Beamten und Angestellten vor ihrem Amtsantritt von der gesetzlich vorgeschriebenen Behörde⁶⁶⁾ in Pflicht zu nehmen sind.⁶⁷⁾ In der Praxis wird dieser Vorschrift allerdings nicht strikte nachgelebt. Grundsätzlich werden alle direkt vom Regierungsrat im Verlaufe des letzten Jahres neu gewählten Beamten⁶⁸⁾ einmal jähr-

⁵⁷⁾ VPB 39/1975 Nr. 47 S. 18; Im Hof, S. 270a.

⁵⁸⁾ AGVE 1975 S. 552 f. = ZBl. 1976 S. 19.

⁵⁹⁾ OG Art. 85 lit. a.

⁶⁰⁾ Das Bundesgericht trat deshalb z. B. auf eine von einem im Bezirk Rheinfelden wohnhaften Beschwerdeführer eingereichte Beschwerde gegen eine im Bezirk Bremgarten erfolgte Wahl eines Bezirksgerichtspräsidenten nicht ein; Urteil des Bundesgerichts vom 8. Juni 1955, in BeaBl. 52 (1955) S. 72 f.

⁶¹⁾ Verordnung über die Einrichtung des neuen Amtsjahres § 4 und 5.

⁶²⁾ BD § 2 Abs. 1.

⁶³⁾ Verordnung über die Einrichtung des neuen Amtsjahres § 3 Abs. 2.

⁶⁴⁾ LBD § 2 Abs. 2.

⁶⁵⁾ Vgl. StV Art. 6 Abs. 3.

⁶⁶⁾ Vgl. z. B. Organisationsdekret Regierungsrat § 1 Abs. 2; OGrOG § 15, 17 und 18; BzGrOG § 15 und 17; Organisationsdekret Kantonspolizei § 8.

⁶⁷⁾ Verordnung über die Form der Inpflichtnahme § 1 Abs. 1.

⁶⁸⁾ D. h. die Beamten der Überklassen und der Besoldungsklassen 1–9; VBD § 2 Abs. 1.

lich vor dem Gesamtregierungsrat in Pflicht genommen. Der Dienstnehmer gelobt dabei, alle durch die Verfassung und die Gesetze auferlegten Amtspflichten gewissenhaft zu erfüllen.⁶⁹⁾

Angesichts der Praxis, mit der die Inpflichtnahme gehandhabt wird, wäre es unhaltbar, an das Gelübde irgendeiner rechtliche Folgen knüpfen zu wollen, es z. B. als Voraussetzung der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit oder der Fähigkeit, im Namen des Staates zu handeln, zu betrachten. Die Inpflichtnahme hat rein moralische und keine rechtliche Bedeutung.⁷⁰⁾

C. Die Rechtsnatur der Anstellung

Lange Zeit war die Rechtsnatur der Begründung eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses heftig umstritten. Eine Lehrmeinung fasste die Beamtenanstellung als *öffentlichrechtlichen Vertrag* auf, während eine andere darin einen *Verwaltungsakt*, eine Verfügung, sah. Eine umfassende Darstellung des Wandels und der Auseinandersetzungen zwischen diesen beiden Theorien während der letzten hundertfünfzig Jahre findet sich in der Arbeit von Jud,⁷¹⁾ weshalb es sich erübrigt, hier nochmals auf dieses Problem näher einzugehen. Heute sind sich Lehre und Rechtsprechung darüber einig, dass es sich bei der Begründung eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses rechtlich um einen *hoheitlichen Verwaltungsakt* handelt, der allerdings der Mitwirkung – Zustimmung bzw. Antrag – des Dienstnehmers zu seiner Gültigkeit bedarf.⁷²⁾ Auf die Mitwirkung des Dienstnehmers kann lediglich in den seltenen Fällen der Ämter mit Amtszwang verzichtet werden. Der Amtszwang ist heute bloss noch in einigen kleineren Kantonen für Ämter vorgesehen, die nebenberuflich bewältigt werden können. Im Kanton Aargau werden keine Beamten auf diese etwas problematische Weise rekrutiert.

⁶⁹⁾ Verordnung über die Form der Inpflichtnahme § 1 Abs. 2 und 3.

⁷⁰⁾ Manser, S. 45; Nievergelt, S. 46; demgegenüber will Beat Keller die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit und die Berechtigung zu amtlichen Funktionen von der Inpflichtnahme abhängig machen, vgl. S. 88. In AGVE 1947 S. 220 f. wurde die von einem nicht in Pflicht genommenen Gemeindegemeinschreiber-Stellvertreter vorgenommene Beglaubigung als rechtswidrig und ungültig erklärt. Roos, S. 25, betrachtet den Amtseid bzw. das Amtsgelübde als Resolutivbedingung der Anstellung.

⁷¹⁾ Jud, S. 53 ff.; ausführlich zu diesem Problem auch Eichenberger/Ruch, S. 5 ff.

⁷²⁾ Grisel, S. 241/42; Fleiner/Giacometti, S. 661 f.; Thomas Fleiner, S. 392; Schwarzenbach, Grundriss, S. 202; Im Hof, S. 254a ff.; Jud, S. 73; Richner, S. 42; BGE 101 Ia 448; 100 Ia 317; 66 I 313; AGVE 1975 S. 549; 1974 S. 159.

Im aargauischen Dienstrecht stellt sich die Frage, ob die Anstellung eines Dienstnehmers als öffentlichrechtlicher Vertrag oder als Verfügungsverfügung anzusehen sei, umsoweniger, als in den meisten Erlassen ausdrücklich bestimmt wird, die Anstellung erfolge durch eine Anstellungsverfügung.⁷³⁾

Praktische Konsequenzen hat die Rechtsnatur der Begründung des Beamten- und Angestelltenverhältnisses vor allem bei der Beendigung des Dienstverhältnisses und bei der Umgestaltung der Besoldungs- und Pensionsansprüche. Betrachtet man den Anstellungsakt als mitwirkungsbedürftigen, hoheitlichen Verwaltungsakt, gelangen in diesen Fällen die Regeln über den Widerruf einer Verfügungsverfügung zur Anwendung. Sähe man in der Begründung des Dienstverhältnisses dagegen den Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrages, müssten die dem Privatrecht analogen Regeln über Willensmängel, Rechtswirkungen, Auslegungen usw. darauf angewendet werden.⁷⁴⁾

Nach heutiger Auffassung wird das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis durch den Staat mittels Gesetz und Verordnung geregelt. Der Dienstnehmer kann daher grundsätzlich nicht als Vertragspartner an der Gestaltung dieses Rechtsverhältnisses mitwirken.⁷⁵⁾ Dennoch ist es nicht ausgeschlossen, dass dem einzelnen Dienstnehmer bei der Anstellung bestimmte Zusicherungen gegeben werden⁷⁶⁾ oder andere Vereinbarungen bei der Anstellung zwischen Wahlbehörde und Dienstnehmer getroffen werden. Bei der Begründung eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses können demnach wohl *vertragliche Elemente* vorkommen; neben den grösstenteils durch zwingendes Recht vorgeschriebenen Regelungen bleibt für sie aber nur wenig Raum, und die Rechtsnatur der Anstellung vermögen diese wenigen Ausnahmen nicht zu ändern. Zu denken ist bei solchen vertraglichen Abmachungen etwa an die Zusicherung ausserordentlicher Dienstalterszulagen, an die Entrichtung von Verpflegungsentschädigungen oder an die Bewilligung, ausserhalb des Kantons Wohnsitz zu nehmen bei jenen Beamten, die der Wohnsitzpflicht unterstehen.⁷⁷⁾ Grundsätzlich ordnet jedoch das Dienstrecht die Pflichten und Rechte der ihm unterworfenen Dienstnehmer zwingend; vertragliche Abmachungen sind nur möglich und gültig, wenn sie gesetzlich ausdrücklich vorgesehen sind.⁷⁸⁾

⁷³⁾ AV § 3 Abs. 1; Personalverordnung Regiebetriebe § 3 Abs. 2; Forstpersonalverordnung § 3; Aushilfenverordnung § 3 Abs. 2.

⁷⁴⁾ Imboden/Rhinow I, Nr. 46, S. 283/84, Ziff. V.

⁷⁵⁾ BGE 100 Ia 317 E. 2a.

⁷⁶⁾ Vgl. BGE 101 Ia 445/46 mit Hinweisen; BGE 100 Ia 318.

⁷⁷⁾ Vgl. BD § 31, 25; VBD § 10.

⁷⁸⁾ Imboden/Rhinow I, Nr. 46, S. 281, Ziff. II; Jud, S. 77; Meili, S. 26.

Dass die Begründung eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses im aargauischen Dienstrecht als Verfügungsverfügung verstanden wird, zeigt sich auch deutlich in der ausdrücklich statuierten Ausnahme von diesem allgemeinen Prinzip. Durch das Besoldungsdekret wird der Regierungsrat ermächtigt, mittels *öffentlichrechtlicher Verträge* das Dienstverhältnis und im Einvernehmen mit der Staatsrechnungskommission die Besoldung der Delegierten für besondere Aufgaben, des Kantonsarztes sowie der Direktoren und leitenden Ärzte der Kantonsspitäler und der Psychiatrischen Klinik Königsfelden zu regeln.⁷⁹⁾

Die Spezialregelung für diese Personalgruppen gab bei ihrem Erlass im Jahre 1961 Anlass zu längeren Diskussionen im Grossen Rat. Motiv für die damalige Änderung des Besoldungsdekretes war die besondere Stellung dieser Dienstnehmer. Man wollte das Dienstverhältnis und die Besoldung der leitenden Ärzte unabhängig vom Besoldungsdekret regeln, weil die Einkommenssituation dieser Dienstnehmer sich in Höhe und Struktur grundlegend von derjenigen der Verwaltungsbeamten unterscheidet und der Aufgabenbereich, die Tätigkeit und die Arbeitsgestaltung vollständig anders als bei den Beamten sei.⁸⁰⁾ Öffentlichrechtliche Verträge für die Direktoren der erwähnten Anstalten wurden vorgesehen, um diese Beamten den Chefärzten gleichzustellen und weil man fand, diese Dienstnehmer wären eigentlich eher mit Direktoren eines bedeutenden privaten Unternehmens zu vergleichen als mit Verwaltungsbeamten.⁸¹⁾

D. Die Anstellung auf Probe

Das öffentliche Dienstrecht kennt wie das private Arbeitsrecht das Institut des *Probeverhältnisses*. Der Dienstherr kann sich trotz umfangreicher Erhebungen nie ein genaues Bild darüber machen, wie sich ein Dienstnehmer in der Praxis am Arbeitsplatz verhalten wird. Aus diesem Grunde wird ein Dienstnehmer vorerst während einer bestimmten Zeit auf Probe angestellt; während dieser Frist ist es dem Dienstherrn möglich, einen nicht geeigneten Beamten oder Angestellten unter erleichterten Bedingungen zu entlassen. Auch der Dienstnehmer hat während der Probezeit die Möglichkeit, sich von einer seinen Vorstellungen nicht entsprechenden Stelle kurzfristig loszusagen.

⁷⁹⁾ BD § 33 Abs. 1. Unter den Begriff der «leitenden Ärzte» fallen bei dieser Bestimmung auch die Chefärzte; Oswald, S. 53 N 120.

⁸⁰⁾ Verhandlungen des Aargauischen Grossen Rates 1957–61, Art. 944, S. 1575. Vgl. auch Oswald, S. 53/54.

⁸¹⁾ Verhandlungen des Aargauischen Grossen Rates 1957–61, Art. 944, S. 1576 f.

Während des Probeverhältnisses soll sich der Dienstnehmer über seine Fähigkeiten und Eignung ausweisen.⁸²⁾ An die Gründe, aus denen die Verwaltung dieses Verhältnis kündigen darf, dürfen nicht zu strenge Anforderungen gestellt werden. Dem lockeren Charakter des Probeverhältnisses entspricht es, dass die Verwaltung auch dann kündigen kann, wenn nicht so gewichtige Gründe vorliegen, wie sie zur Kündigung eines definitiven Anstellungsverhältnisses erforderlich sind. Mangelnde Fähigkeit oder Eignung aufgrund der Wahrnehmungen der Vorgesetzten rechtfertigen eine Kündigung des Probeverhältnisses.⁸³⁾

Im aargauischen Dienstrecht ist für alle nicht auf Amtsdauer gewählten Dienstnehmer grundsätzlich eine Probezeit von drei Monaten vorgesehen. Während dieser Zeit kann das Dienstverhältnis unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 14 Tagen gekündigt werden.⁸⁴⁾ Bei den Beamten sind die Verhältnisse etwas komplizierter. Eine Probezeit entfällt bei den vom Volk oder vom Grossen Rat gewählten Beamten. Für Beamte der Überklassen und der Besoldungsklassen 1–9 kann eine Probezeit von höchstens einem Jahr festgesetzt werden, für die übrigen Beamten ist eine Probezeit von drei Monaten vorgeschrieben. Während der Probezeit kann dabei auf Ende des der Kündigung folgenden Monats gekündigt werden.⁸⁵⁾ Ansonsten kommt den Beamten während der Probezeit der erhöhte Schutz vor Entlassung durch die feste Amtszeit noch nicht zu. Sie werden zwar von Anfang an auf Amtszeit gewählt, jedoch unter dem Vorbehalt, dass sie die Probezeit bestehen.

Was für die erstmals eine Stelle im Probeverhältnis antretenden Dienstnehmer gilt, gilt auch für die aus disziplinarischen Gründen ins Provisorium versetzten.⁸⁶⁾ Deren Dienstverhältnis soll einer erneuten Prüfung unterzogen werden, und die Entlassung eines ins Provisorium versetzten Dienstnehmers kann unter denselben erleichterten Bedingungen erfolgen.

⁸²⁾ Vgl. AO Art. 3 Abs. 4.

⁸³⁾ BGE 97 Ib 545/46.

⁸⁴⁾ Vgl. AV § 4; Personalverordnung Regiebetriebe § 4; Forstpersonalverordnung § 4 Abs. 2; Aushilfenverordnung § 6.

⁸⁵⁾ BD § 3; VBD § 3.

⁸⁶⁾ Vgl. BD § 15 Abs. 2.

IV. Die Pflichten des Dienstnehmers

A. Die Treuepflicht

Die Treuepflicht ist die wichtigste und umfassendste Pflicht des Dienstnehmers. Sie wird auch als *Grunddienstpflicht* bezeichnet,¹⁾ weil sich aus ihr viele weitere Dienstpflichten, wie das Streikverbot, die Schweigepflicht und das Geschenkannahmeverbot, ableiten lassen. Positiv-rechtlich ist die Treuepflicht im Besoldungsdekret in § 9 folgendermassen umschrieben: «Die Beamten haben während der Arbeitszeit ihrem Amt die volle Arbeitskraft zu widmen und ihre Pflichten gewissenhaft zu erfüllen. Sie haben alles zu tun, was die Interessen des Staates fördert, und alles zu unterlassen, was sie beeinträchtigt.»²⁾ Moralisch bekräftigt wird diese Verpflichtung durch die Ablegung des *Amtsgelübdes* bei der Inpflichtnahme. Ausdrücklich von Treue ist im aargauischen Dienstrecht nur im Dienstreglement der Kantonspolizei die Rede: «Die Polizeibeamten schulden dem Staat und seiner Regierung Treue und Hingabe.»³⁾

Bei der «Treuepflicht» haben wir es mit einem *unbestimmten Rechtsbegriff* zu tun, dessen Inhalt nicht erschöpfend dargestellt werden kann. Wie bei andern unbestimmten Rechtsbegriffen im öffentlichen Recht – zu denken ist dabei z. B. an den Begriff der Verhältnismässigkeit – kann das Wesen der Treuepflicht in der Hauptsache nur Gerichtsentscheiden und der Verwaltungspraxis entnommen werden. Das hat den Vorteil, dass eine Anpassung des Begriffes an die veränderten Ansichten in der Öffentlichkeit ohne Änderung eines Gesetzestextes möglich ist. Es wäre auch ganz aussichtslos, alles ausdrücklich aufzählen zu wollen, was sich mit den Dienstpflichten eines öffentlichrechtlichen Dienstnehmers vereinbaren lässt und was nicht.

Die Treuepflicht ist in erster Linie eine Frage der *Gesinnung* des Dienstnehmers, seiner Einstellung zu seiner Arbeit, zum Staat und dessen Gesetzgebung.⁴⁾ Die Treuepflicht ist ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlichrechtlich und privatrechtlich angestellten Arbeitnehmern. Zwar spricht man auch im Arbeitsrecht, das die Rechte und Pflichten der nach Privatrecht angestellten Personen regelt, von

¹⁾ Jud, S. 92.

²⁾ Sinngemässe, analoge Bestimmung in LBD § 7 Abs. 1.

³⁾ DR Kantonspolizei § 1.

⁴⁾ Vgl. Im Hof, S. 295a ff.; Roos, S. 31.

Treuepflicht,⁵⁾ doch diese beschränkt sich hauptsächlich auf die Pflicht, den Arbeitgeber nicht in bestimmter Weise wirtschaftlich zu schädigen, z. B. durch unsorgfältige Behandlung der anvertrauten Maschinen, durch Schwarzarbeit oder Verrat von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen. Die *privatrechtliche* Treuepflicht ist somit in erster Linie eine *Unterlassungspflicht*⁶⁾ und hat weit weniger mit Gesinnung zu tun als die Treuepflicht im öffentlichen Dienst. Durch die Begründung eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses erfährt der Beamte oder Angestellte eine Bevorzugung, die sich in mancher Hinsicht zeigt (erschwerter Kündigung, Schutzrechte, sicherer Arbeitsplatz usw.). Das Gemeinwesen kann erwarten, dass seine Dienstnehmer ihm durch ihr gesamtes Verhalten beweisen, dass sie dieses Vertrauens würdig sind.

Neben der auch vom privatrechtlich angestellten Arbeitnehmer geforderten sorgfältigen Ausführung der Arbeit verlangt die öffentlichrechtliche Treuepflicht vom Dienstnehmer, dass er sein ganzes Verhalten in und – in beschränktem Umfang – auch ausser Dienst darauf ausrichte, den Interessen des Staates zu dienen. Dabei ist es unerlässlich, dass der daraus Verpflichtete eine zumindest im Grundsatz positive Einstellung zu unserem Staat und seinen Institutionen hat. «Ein der demokratischen Staatsform gänzlich entfremdeter Beamter genießt, zumal wenn er sich in hoher, verantwortungsvoller Stellung befindet, das Vertrauen nicht mehr, das ihm von den Vorgesetzten und Untergebenen sowie von den Mitbürgern entgegengebracht werden muss.»⁷⁾ Der Bogen darf in dieser Hinsicht aber nicht überspannt werden. Wie weiter hinten zu zeigen sein wird, stehen auch den öffentlichrechtlich angestellten Dienstnehmern die Grundrechte zu, und politische Opposition rechtfertigt den Vorwurf der Untreue nicht.⁸⁾

In der schweizerischen Demokratie ist der Dienstnehmer natürlich weder seinem Vorgesetzten persönlich noch einer Partei zur Treue verpflichtet, sondern dem Volksganzen als unserem Souverän.⁹⁾ Grundsätzlich ist von Münch zuzustimmen, wenn er schreibt, dass das Dienstleben eines Durchschnittsbeamten nicht in jenen ethischen Höhen verläuft, in denen von der Seite des Beamten oder des Dienstherrn «etwas so Anspruchsvolles wie Treue geübt und gefordert wird, sondern in den Niederungen täglicher Arbeit.»¹⁰⁾ Wie viele Rechtssätze, kommt auch

⁵⁾ Vgl. Randtitel von OR Art. 321a: Sorgfalts- und Treuepflicht; OR 321a Abs. 3.

⁶⁾ Vgl. Rehbinders, S. 46.

⁷⁾ BGE 75 II 331; vgl. auch BGE 65 I 245 und Richner, S. 107 ff.

⁸⁾ Im Hof, S. 299a.

⁹⁾ Fisch, S. 86/87; Spielmann, S. 17.

¹⁰⁾ Von Münch, S. 51.

derjenige über die Treuepflicht erst dann zum Tragen, wenn sich etwas Aussergewöhnliches ereignet und besondere Verhältnisse rechtlich gewürdigt werden müssen. Aktuell werden solche Vorschriften immer erst in dem Zeitpunkt, in dem ein vom Üblichen abweichendes Verhalten vorliegt. Ob im konkreten Fall eine Verletzung der Treuepflicht vorliegt, ist unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses einerseits und der Grundrechte des Dienstnehmers andererseits abzuwägen. Aus dem Wesen der Treuepflicht ergibt sich auch, dass an die in der Öffentlichkeit auftretenden Beamten – deren Verhalten mit dem Staat schlechthin in Verbindung gebracht wird – höhere Anforderungen zu stellen sind als an subalterne Dienstnehmer, die viel weniger Gegenstand einer öffentlichen Kritik werden können. Als Verstoss gegen die Treuepflicht sollte ein bestimmtes *ausserdienstliches* Verhalten allerdings nur dann betrachtet werden, wenn Störungen der Arbeitsleistungen des Dienstnehmers oder des Vertrauensverhältnisses der Öffentlichkeit in die Verwaltung daraus resultieren. Die Anschauungen in der Öffentlichkeit sind dabei nach den zeitlichen und örtlichen Gegebenheiten verschieden. Auch wenn bei Lehrern strengere Anforderungen an den Lebenswandel berechtigt sind,¹¹⁾ haben sich doch die Ansichten in der Bevölkerung dermassen gewandelt, dass die Amtsenthebung eines im Konkubinat lebenden Lehrers, wie sie noch von Richner gefordert wurde, heute mehrheitlich nicht verstanden würde.¹²⁾ Auch die Verweigerung des Militärdienstes wird man heute kaum mehr apodiktisch als förmlichen Treuebruch¹³⁾ betrachten können, sondern vielmehr die konkreten Umstände des Einzelfalles näher untersuchen.¹⁴⁾ M. E. zu Recht wurde jedoch einem aargauischen Sekundarlehrer die Wahlfähigkeit entzogen, weil er sich durch eine strafgerichtliche Verurteilung in keiner Weise von der weiteren Begehung des gleichen vorsätzlichen Delikts abhalten liess. Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid des Regierungsrates und erklärte, wer ein Strafurteil dermassen missachte, sei nicht geeignet, den Schülern die Achtung vor der geltenden Rechtsordnung zu vermitteln und geniesse das Vertrauen der Eltern und die Autorität gegenüber den Schülern nicht mehr.¹⁵⁾

Dass für aargauische Beamte auch ohne ausdrückliche Bestimmung eine dem Bundesdienstrecht analoge Verpflichtung zu einem *achtungs- und vertrauenswürdigen Verhalten*¹⁶⁾ besteht, stellte das Bundesgericht

¹¹⁾ Vgl. LBD § 16 Abs. 1.

¹²⁾ Richner, S. 121; gl. M. wie Richner: Gustav Hug, S. 134/35.

¹³⁾ Im Hof, S. 299a N 57.

¹⁴⁾ Vgl. BGE 103 Ia 555.

¹⁵⁾ BGE 101 Ia 179.

¹⁶⁾ Vgl. BtG Art. 24 Abs. 1.

im Jahre 1949 fest. Einen Verstoß gegen diese Verhaltenspflicht bildete die nazistische Betätigung des aargauischen Staatsarchivars und Kantonsbibliothekars während des zweiten Weltkrieges.¹⁷⁾

Viel zu wenig Beachtung findet die Tatsache, dass es sich bei der Treuepflicht um eine Pflicht zu *gegenseitiger* Loyalität handelt. Auch der Beamte hat ein Anrecht auf einen gewissen Schutz durch das Gemeinwesen aufgrund der Treuepflicht des Dienstherrn. Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an einen Vorgesetzten, dessen Untergebener durch unbegründete Anschuldigungen in Schwierigkeiten gebracht wurde. Hier gehört es zur Treuepflicht, dass der Staat in der Person des Vorgesetzten die Tatsachen unmissverständlich richtigstellt und falsche Anschuldigungen zurückweist.¹⁸⁾ Ausfluss dieser vom Staat gegenüber dem Dienstnehmer wirkenden Treuepflicht bilden auch die unter «Schutzrechte» behandelten Rechte.¹⁹⁾

Mit der Pensionierung des Dienstnehmers wird das Verhältnis zum Staat zwar loser, und seine Treuepflicht geht weniger weit, sie wird jedoch nicht vollkommen aufgehoben. Einem pensionierten Dienstnehmer, der ein schweres Verbrechen gegen das Gemeinwesen begangen hat, kann die Pension bis zum Wert der selbst geleisteten Einlagen inklusive Zins entzogen werden, selbst wenn in der Pensionsordnung eine entsprechende Vorschrift fehlt.²⁰⁾

B. Die Arbeitspflicht

Gewissenhafte und sorgfältige Ausführung der übertragenen Arbeit und die pünktliche Einhaltung der täglichen Arbeitszeit wird auch von einem privatrechtlich angestellten Arbeitnehmer erwartet. Für den in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stehenden Beamten oder Angestellten ergeben sich jedoch darüberhinausgehende Pflichten, die ihren Ursprung in der allgemeinen Treuepflicht haben. Diese Dienstnehmer können auch *ausserhalb* der normalen Arbeitszeit ohne besondere Entschädigung zu dienstlichen Verrichtungen herangezogen werden.²¹⁾ In der Praxis wird jedoch von ihnen nicht mehr erwartet, als von andern Arbeitnehmern; der Regierungsrat hat Bestimmungen erlassen, die bei

¹⁷⁾ BGE 75 II 329 ff. = Imboden/Rhinow II, Nr. 148, S. 1080 ff. Der Fall und die Begleitumstände werden ausführlich geschildert bei Richner, S. 175 ff.

¹⁸⁾ Hans Müller, Grenzen der Treuepflicht, S. 123.

¹⁹⁾ Vgl. S. 83 f.

²⁰⁾ BGE 75 II 251 f.; Im Hof, S. 300a; Meili, S. 99 ff.

²¹⁾ BD § 13 Abs. 2; AV § 10 Abs. 2.

Überzeit den finanziellen Ausgleich regeln.²²⁾ Keinen Anspruch auf Barentschädigungen von Überzeit haben die höheren Chefbeamten ab der 6. Besoldungsklasse.²³⁾ Bei ihnen wird vorausgesetzt, dass ihr Gehalt auch diese vermehrte Belastung genügend entlöhne, wie auch in der Privatindustrie eine Überstundenentschädigung von leitenden Angestellten nicht üblich ist.²⁴⁾

Aufgrund der Kompetenz des Staates zur Regelung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses ist dieser auch befugt, die Ausübung einer *Nebenbeschäftigung* als mit dem öffentlichen Amt unvereinbar zu erklären und damit die Handels- und Gewerbefreiheit seiner Dienstnehmer zu beschränken.²⁵⁾ Untersagt oder einer Bewilligungspflicht unterstellt werden können zweifellos solche Nebenbeschäftigungen, die den Dienstnehmer während der Arbeitszeit beanspruchen, seine Arbeitsleistung beeinträchtigen, zu Interessenkonflikten führen können oder sich sonst mit der dienstlichen Stellung des Dienstnehmers nicht vertragen.²⁶⁾ Dies folgt aus der Treue- und Arbeitspflicht. Bei der Bewilligung einer Nebenbeschäftigung wird man darauf achten, dass nicht alle Freizeit des Dienstnehmers aufgezehrt und schliesslich die Nebenbeschäftigung wichtiger als die Erfüllung der eigentlichen Amtspflichten wird. Es ist auch zu vermeiden, dass durch die Nebenbeschäftigung Ansehen und Vertrauen des Dienstnehmers und des Amtes beim Publikum tangiert und das interne Arbeitsklima beeinträchtigt wird.²⁷⁾

Im Kanton Aargau müssen Beamte und Angestellte vor Annahme einer Kandidatur für ein *öffentliches Nebenamt* ihrem vorgesetzten Departement bzw. dem Obergericht Mitteilung machen. Wenn sie das betreffende Amt während der Arbeitszeit in Anspruch nimmt oder haupt- und nebenamtliche Tätigkeit zu Interessenkollisionen führen können, bedürfen sie einer Bewilligung des Regierungsrates.²⁸⁾

Nicht als Anwälte praktizieren dürfen während ihrer Amtsdauer die Mitglieder des Obergerichts, die Bezirksgerichtspräsidenten und die Gerichtsschreiber und deren Stellvertreter des Obergerichts und der Be-

²²⁾ BD § 13 Abs. 3; VBD § 12 und 14; AV § 10 Abs. 2 und 3; Verordnung über die Abgeltung des Piktettdienstes und der Inkonvenienzen für Strassenmeister, Chauffeure, Strassenarbeiter sowie ständige Arbeiter und Hilfsarbeiter der Abteilung Tiefbau des Baudepartementes § 2 usw.

²³⁾ VBD § 14 Abs. 2.

²⁴⁾ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, 2. Zivilabteilung, vom 10. März 1977. Gegen eine Unterscheidung der Überzeitentschädigung nach Besoldungsklassen nimmt Jud Stellung, S. 102.

²⁵⁾ BGE 100 Ia 317 f.; Grisel, S. 252; Richner, S. 234.

²⁶⁾ BD § 14; AV § 12; VBD § 15 Abs. 1.

²⁷⁾ ZR 1976, S. 3.

²⁸⁾ VBD § 15 Abs. 2; Regierungsbeschluss über die Bekleidung öffentlicher Ämter durch Staatsbeamte vom 27. August 1973.

zirksgerichte.²⁹⁾ Für die obersten Beamten der Bezirksämter gilt diese Beschränkung ebenfalls; zudem ist ihnen die Bekleidung gewisser Gemeindeämter verboten, da es ursprünglich Aufgabe der Bezirksämter war, die Gemeinden zu beaufsichtigen.³⁰⁾ Den Obergerichtern, den Obergerichtsschreibern und deren Stellvertretern, den Forstangestellten und den Beamten der Bezirksämter verbieten die massgeblichen Gesetze aus der Mitte des vorigen Jahrhunderts das Betreiben einer Wirtschaft. Zum Teil ist es diesen Beamten sogar untersagt, in einem Wirtshause zu wohnen, weil man sie vor den Gefahren des Alkohols sicher wissen wollte. Zur Vermeidung von Interessenkollisionen und unsauberen Geschäften ist den Forstangestellten der Handel mit Holz verboten.³¹⁾ Den Regierungsräten wird sogar in der Staatsverfassung die Ausübung eines Nebenberufs oder Gewerbes untersagt, und die Stelle eines Direktors, Vorstandsmitgliedes oder Verwaltungsrates einer Erwerbsgesellschaft dürfen sie nur von Amtes wegen oder als Vertreter des Staates übernehmen.³²⁾ Damit wollte man die Gefahr eines Konfliktes zwischen den Interessen an einer unparteiischen Regierungstätigkeit einerseits und einer effizienten Leitung einer Erwerbsgesellschaft andererseits gar nicht erst entstehen lassen.

Grundsätzlich wird dem Beamten mit der Wahl ein ganz *konkretes Amt* verliehen, und er allein ist berechtigt und verpflichtet, während einer Amtsdauer die damit verbundenen Funktionen auszuüben.³³⁾ Die Arbeitslast kann sich jedoch im Laufe der Zeit innerhalb der Verwaltung verschieben, und es würde weder vom Steuerzahler noch von den mit Arbeit überlasteten Beamten verstanden, wenn das Recht auf eine bestimmte Amtsfunktion allzu strikte gehandhabt würde.³⁴⁾ Der aargauische Gesetzgeber hat diese Problematik gesehen und entsprechende Bestimmungen ins Dienstrecht aufgenommen. Falls die ordentlichen Geschäfte seines Amtes einen Beamten nicht voll in Anspruch nehmen, können ihm andere Arbeiten zugewiesen werden; diese Arbeiten müssen jedoch seiner Stellung entsprechen.³⁵⁾ Zur Bewältigung des unterschiedlichen Arbeitsanfalls ist ein interner Personalaustausch vorgesehen, der vom Finanzdepartement zu koordinieren ist.³⁶⁾ Auch bei Krankheit, Urlaub oder Militärdienst sind die Beamten verpflichtet, sich gegenseitig

²⁹⁾ OGrOG § 10; BzGrOG § 9.

³⁰⁾ BzAOG § 4 Abs. 1 und 2. Heute hat sich diese Aufsichtsfunktion auf das Departement des Innern verlagert.

³¹⁾ OGrOG § 6 Abs. 2, § 9 Abs. 3; BzAOG § 4 Abs. 3; Forstgesetz § 16 Abs. 2.

³²⁾ StV Art. 37 Abs. 4.

³³⁾ Im Hof, S. 246a/47a; Jud, S. 154 ff.

³⁴⁾ Vgl. Thomas Fleiner, S. 397/98.

³⁵⁾ BD § 11 Abs. 2.

³⁶⁾ VBD § 11.

zu vertreten. Dauert die Stellvertretung längere Zeit und bedeutet sie eine ausserordentliche Inanspruchnahme, kann eine Entschädigung gewährt werden.³⁷⁾

Bei der Wiederwahl eines Beamten wird heute in die Wiederwahlverfügung ein Passus aufgenommen, wonach der betreffende Beamte wiedergewählt wird unter Vorbehalt von Änderungen in der Arbeitszuteilung. Der Grundsatz der Wahl in ein Amt mit genau umschriebener Funktion wird durch diese und die oben erwähnten Bestimmungen relativiert und gilt heute nicht mehr uneingeschränkt. Dennoch kann man einem als Staatsanwalt, Gerichtsschreiber oder Steuerkommissär gewählten Beamten nicht irgendwelche Arbeiten zuweisen, die einer Degradierung gleichkämen. Bei den Dienstnehmern der untern Besoldungsklassen mit relativ unbestimmten Funktionsbezeichnungen wie «Verwaltungsbeamter» oder «Kanzleisekretär» bleibt dagegen mehr Spielraum.

C. Die Weiterbildungspflicht

Die öffentliche Verwaltung wird immer komplexer, und dem Staat werden immer mehr Aufgaben übertragen – zu denken ist dabei z. B. an die Raum- und Verkehrsplanung, an die in den letzten Jahren entstandenen Probleme mit Arbeitslosenversicherung und -fürsorge, an die Forderungen nach Umweltschutz. Diese Aufgaben werden vom Staat mit immer aufwendigeren und komplizierteren Hilfsmitteln, z. B. mit elektronischer Datenverarbeitung, gelöst. Angesichts dieser steigenden Anforderungen an die Dienstnehmer wurde bei der Revision des Besoldungsdekrets im Jahre 1971 eine Vorschrift über die Weiterbildung ins Besoldungsdekret aufgenommen. Sie bestimmt, dass die Beamten sich um ihre berufliche Weiterbildung zu bemühen haben, dass ihnen aber andererseits der Regierungsrat dabei hilft.³⁸⁾ Der Regierungsrat hat eine spezielle *Weiterbildungsverordnung* erlassen, in der die Einzelheiten geregelt werden.³⁹⁾ Sie enthält Bestimmungen über die Bewilligungen zum Besuch von externen Kursen, Arbeitszeiterleichterungen, Kostenbeiträge des Staates, die Gewährung von Urlaub usw.

Schon seit langer Zeit obligatorisch ist der Besuch von Fortbildungskursen für die Lehrkräfte an den aargauischen öffentlichen Schulen. In bestimmten Zeitabschnitten müssen die Lehrer in den Ferien vom Erziehungsdepartement organisierte Kurse absolvieren, in denen über all-

³⁷⁾ BD § 12.

³⁸⁾ BD § 10 Abs. 1; analog für die Angestellten AV § 9.

³⁹⁾ Verordnung über die berufliche Fort- und Weiterbildung der Beamten und Angestellten des Staates (Weiterbildungsverordnung) vom 13. August 1973.

gemeine Erziehungs- und Bildungsfragen und Stoff und Methodik der Unterrichtsfächer referiert wird. Einzelheiten werden in einer Verordnung geregelt.⁴⁰⁾

D. Die Wohnsitzpflicht

Art. 45 BV garantiert jedem Schweizerbürger die freie Wahl des Wohnsitzes. Die Niederlassungsfreiheit wird jedoch in vielen Kantonen und auch durch das Bundesbeamtenengesetz⁴¹⁾ für bestimmte Dienstnehmer durch die sogenannte *Wohnsitz-* oder *Residenzpflicht* eingeschränkt, d. h. der Dienstherr schreibt dem betreffenden Dienstnehmer vor, im Kanton, in einem bestimmten Bezirk oder gar in einer bestimmten Gemeinde Wohnsitz zu nehmen.

Das aargauische Dienstrecht enthält einige solche Vorschriften; die wichtigste verpflichtet die Chefbeamten und die Lehrer an kantonalen Schulen zur Wohnsitznahme im Kanton.⁴²⁾ Zu einem bestimmten Wohnsitz können auch die Dienstnehmer der Regiebetriebe verpflichtet werden.⁴³⁾ In einer bestimmten Gemeinde, d. h. am Bezirkshauptort, müssten nach dem Buchstaben des Gesetzes die Rechnungsrevisoren und Amtsschreiber der Bezirksämter wohnen.⁴⁴⁾ Zur Wohnsitznahme in Aarau sind verpflichtet der Obergerichtspräsident, die Obergerichtsschreiber und deren Stellvertreter⁴⁵⁾ und die die analogen Funktionen einnehmenden Beamten des Verwaltungsgerichts⁴⁶⁾ sowie der Kantonsförster.⁴⁷⁾ Dem Staatsschreiber wird sogar in der Verfassung der Wohnsitz Aarau vorgeschrieben.⁴⁸⁾ Mit Ausnahme der Vorschriften in der Verordnung zum Besoldungsdekret und in der Personalverordnung Regiebetriebe stammen alle diese Vorschriften aus dem 19. Jahrhundert, und es wird ihnen in der Praxis nicht immer nachgelebt.

Es stellt sich die Frage, ob sich diese Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit mit Art. 45 BV vereinbaren lassen. In der Doktrin wird zum Teil die Meinung vertreten, eine Wohnsitzpflicht sei nur gerecht-

⁴⁰⁾ Verordnung über die berufliche Fortbildung der Lehrkräfte an den Volksschulen und Kindergärten vom 20. August 1973.

⁴¹⁾ Vgl. BtG Art. 8 Abs. 1.

⁴²⁾ VBD § 10. Bis zum Inkrafttreten der heute geltenden VBD am 1. Juli 1972 bestand die Wohnsitzpflicht sogar allgemein für alle Beamten; vgl. VBD vom 6. Juni 1969 § 9.

⁴³⁾ Personalverordnung Regiebetriebe § 8 Abs. 1.

⁴⁴⁾ BzAOG § 5 Abs. 1.

⁴⁵⁾ OGrOG § 13 Abs. 1.

⁴⁶⁾ VRPG § 14.

⁴⁷⁾ Forstgesetz § 4 Abs. 2.

⁴⁸⁾ StV Art. 39 lit. i.

fertigt, wenn die betreffenden Dienstnehmer zu *erhöhter* oder *ständiger Dienstbereitschaft* verpflichtet sind,⁴⁹⁾ zum Teil wird die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit bei Beamten in jedem Falle hingenommen.⁵⁰⁾

Beschränkungen eines Freiheitsrechts sind bei den im *allgemeinen* Rechtsverhältnis stehenden Personen zulässig, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen, dem Gebot der Verhältnismässigkeit entsprechen und im öffentlichen Interesse liegen.⁵¹⁾ Keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfen solche Beschränkungen nach der Praxis des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre dagegen bei Personen, die in einem *besonderen* Rechtsverhältnis stehen,⁵²⁾ wie z. B. Beamte, Untersuchungs- und Strafgefangene und Soldaten in der Armee. Es genügt also, wenn die Wohnsitzpflicht wie im aargauischen Dienstrecht in einer auf Delegation beruhenden *Verordnung* festgelegt wird.⁵³⁾ Die Beschränkungen der Grundrechte müssen aber *verhältnismässig* sein, d. h. sie dürfen nicht weitergehen, als es das besondere Rechtsverhältnis erfordert, und sie müssen sich aus der *besonderen Natur* des Rechtsverhältnisses ableiten lassen.⁵⁴⁾ Ausdrücklich festgelegt wurde dieser Grundsatz im Entwurf für eine neue aargauische Kantonsverfassung, in welchem § 8 Abs. 2 bestimmte: «Für Personen, die in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zum Staate stehen, dürfen die Grundrechte zusätzlich nur soweit eingeschränkt werden, als es das besondere öffentliche Interesse erfordert, das diesem Verhältnis zugrunde liegt.»

Dem Recht des Dienstnehmers auf freie Wahl seines Wohnortes stehen demnach gegenüber die öffentlichen Interessen und die dienstlichen Gründe, die für eine Wohnsitzpflicht sprechen. Viele Dienstnehmer üben einen Beruf aus, bei dem es unumgänglich ist, dass sie jederzeit erreichbar und innert kürzester Frist einsatzbereit sind. Zu denken ist dabei etwa an Polizeibeamte, Notfalldienste, Angestellte von Strafanstalten usw. Aber auch bei allen andern Beschäftigten darf die Arbeitsleistung nicht durch einen ungewöhnlich langen und zeitraubenden Arbeitsweg beeinträchtigt werden. Das Hauptmotiv aller Wohnsitzvorschriften dürften in Tat und Wahrheit jedoch finanzielle Gründe gewesen sein. Das Gemeinwesen wollte sich mit diesen Bestimmungen die Steuerleistungen der von ihm besoldeten Dienstnehmer sichern.

⁴⁹⁾ Jud, S. 105.

⁵⁰⁾ Aubert, S. 701, Ziff. 1970; Richner, S. 271 ff.; Strub, S. 91 ff.; Manser, S. 55.

⁵¹⁾ BGE 101 Ia 150; 99 Ia 266/67 mit Hinweisen.

⁵²⁾ BGE 99 Ia 268 E. III 3; Grisel, S. 166.

⁵³⁾ ZBl. 1978 S. 32.

⁵⁴⁾ BGE 101 Ia 150; 100 Ia 104 E. 5e und 460; 98 Ib 305; Fritz Fleiner, Institutionen, S. 167; Köhl, S. 77; Gustav Hug, S. 44.

Nach einem neueren Bundesgerichtsentscheid steht BV Art. 45 einer Wohnsitzpflicht auch bei Fehlen einer erhöhten oder ständigen Dienstbereitschaft nicht entgegen. Eine gewisse *Verbundenheit* des Beamten mit der Bevölkerung, für die er arbeitet, liege im öffentlichen Interesse, und auch aus fiskalischen Überlegungen könne der Dienstnehmer zu einem bestimmten Wohnsitz verpflichtet werden.⁵⁵⁾

Die vom Bundesgericht geforderte Verbundenheit mit dem Gemeinwesen, in dessen Dienst der betreffende Beamte oder Angestellte steht, ist sicher ein Argument, das für eine Wohnsitzpflicht spricht.⁵⁶⁾ Ob aber dieser Grund ausreicht, um einen dermassen tiefen Eingriff in das Grundrecht der Niederlassungsfreiheit zu rechtfertigen, lässt sich m. E. bezweifeln. Keine Bedeutung sollten auf jeden Fall steuerliche Überlegungen in diesem Zusammenhang haben, und das Bundesgericht bezeichnete denn auch im erwähnten Entscheid dieses Argument als eher kleinlich. Sinnvoll wäre eine der Beamtenordnung des Bundes analoge Vorschrift, die ein Recht auf Befreiung von der Wohnsitzpflicht garantiert, «wenn das auswärtige Wohnen nicht nachteilig auf den Dienst und die Dienstbesorgung einwirkt.»⁵⁷⁾

Da die Wohnsitzpflicht nicht ausnahmslos gilt⁵⁸⁾ und in der Praxis auch viele der Wohnsitzpflicht unterstehende Beamte ausserhalb des Kantons wohnen,⁵⁹⁾ müsste bei einer allfälligen strikteren Anwendung dieser Vorschriften begründet werden, inwiefern beim betreffenden Dienstnehmer die persönlichen Verhältnisse anders liegen oder sachliche Argumente vorgebracht werden, die eine solche Praxisänderung rechtfertigen.⁶⁰⁾

E. Das Streikverbot

Den Bundesdienstnehmern ist es ausdrücklich verboten, in den Streik zu treten, andere Dienstnehmer dazu aufzufordern oder einer Vereinigung anzugehören, die den Streik vorsieht oder anwendet.⁶¹⁾ Im aar-

⁵⁵⁾ BGE 103 Ia 457/58. Bei diesem Entscheid ging es um die von einer Gemeinde (der Stadt Zürich) vorgeschriebene Wohnsitzpflicht, wie sie auch in den Dienstrechten aargauischer Städte häufig vorgesehen ist.

⁵⁶⁾ Vgl. auch Steinbrück, S. 74, betreffend Wohnsitzpflicht der Volksschullehrer.

⁵⁷⁾ BO 1 Art. 7 Abs. 2; AO Art. 10 Abs. 2.

⁵⁸⁾ Vgl. VBD § 10; Personalverordnung Regiebetriebe § 8 Abs. 3.

⁵⁹⁾ Zum Teil wurden Ausnahmen bewilligt, zum Teil wurde bei der in früheren Jahren erfolgten Anstellung angesichts des damaligen Personalmangels auf Auflagen verzichtet.

⁶⁰⁾ BGE 98 Ia 466/67 E. 6 = Imboden/Rhinow I, Nr. 85, S. 533/34 E. 6; ZBl. 1978 S. 114.

⁶¹⁾ BtG Art. 13 Abs. 2, Art. 23 Abs. 1; AO Art. 16 Abs. 2, Art. 25 Abs. 1.

gauschen Dienstrecht fehlen solche Bestimmungen, aber auch ohne ausdrückliches Verbot verstiesse ein Streik der öffentlichrechtlichen Dienstnehmer in schwerer Weise gegen die Dienst- und Treuepflicht und wäre somit widerrechtlich.⁶²⁾ Die Beziehungen zwischen dem Staat und seinem auf öffentlichrechtlicher Grundlage angestellten Personal sind eben von anderer Natur als das Verhältnis zwischen einem privaten Arbeitgeber und dessen Angestellten. Die im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stehenden Dienstnehmer verpflichten sich – oft in feierlicher Form durch Ablegung eines Amtsgelübdes – alles zu tun, was die Interessen des Staates fördert, und alles zu unterlassen, was sie beeinträchtigt.⁶³⁾ Ein Streik in einem privaten Unternehmen richtet sich gegen eine ganz bestimmte Person oder Gruppe, von der finanzielle Zugeständnisse oder bessere Arbeitsbedingungen gefordert werden. Wer aber sollte den Forderungen der streikenden Dienstnehmer nachgeben? Getroffen würde durch deren Streik nicht ein Vertragspartner, mit dem Leistungen ausgetauscht werden, sondern die *Allgemeinheit*, aussenstehende Dritte, die gar keine Möglichkeit haben, den Streik abzuwenden oder Gegenmassnahmen zu ergreifen.

Kann man sich allenfalls ein Streikrecht der mit Büroarbeiten beschäftigten Verwaltungsbeamten vorstellen, ohne dass der Staatsapparat deswegen aus den Fugen geraten müsste, ist dagegen z. B. ein Streik des Polizeipersonals ohne eine schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung nicht denkbar. Das Streikrecht aber nur einzelnen Berufsgruppen zuzugestehen, wäre problematisch. Auch innerhalb einer Berufsgruppe müsste nämlich noch weiter unterschieden werden. Dem Polizisten, der mit Schreibarbeiten beschäftigt ist, könnte das Streikrecht zugestanden werden, nicht aber dem Verwaltungsbeamten, der für die rechtzeitige Überweisung der AHV-Renten zuständig ist, da diese für viele Pensionierte lebenswichtig sind. Diese Beispiele zeigen, dass eine Differenzierung in Funktionen mit und Funktionen ohne Streikrecht kaum praktikabel wäre.

Wenn in der Privatindustrie Streikforderungen inakzeptabel sind, wird die Unternehmensleitung im schlimmsten Falle einen Betrieb ganz oder teilweise schliessen und Angestellte entlassen müssen. Im öffentlichen Dienst können aber nicht einfach Polizeibeamte oder Lehrer entlassen werden. Was hätten denn diese Dienstnehmer zu befürchten, wenn sie streikten? Die kurzfristige Einstellung von andern Dienstnehmern, wie sie in der Privatwirtschaft möglich ist, wäre hier ausgeschlossen. Wenn bestimmte beim Staat beschäftigte Berufskategorien zum Mittel des Streikes greifen könnten, wäre dies ein Kampf mit ungleichen

⁶²⁾ Fleiner/Giacometti, S. 674; Richner, S. 246; Gustav Hug, S. 119.

⁶³⁾ BD § 9.

Waffen, weil der Staat gar keine Möglichkeiten besässe, den Forderungen wirksam entgegenzutreten.

Ein Staat, der auf das Streikverbot verzichtete, würde sich selbst schwer gefährden, denn wer wird für die Einhaltung der Rechtsordnung sorgen, wenn der Staat selbst funktionsunfähig wird? «Wer wird Menschenrechte sichern, wenn die Staatsgewalt aussetzt?»⁶⁴⁾ Ein Beamtenstreik in einem Land mit einer Staatsform wie sie die Schweiz besitzt, in welchem Rechte und Pflichten der Dienstnehmer durch den Willen des Volkes bzw. seiner Vertreter im Parlament in demokratischer Weise festgelegt werden, verletzt diesen Volkswillen und wiegt schwerer als ein Beamtenstreik in einem Staat mit anderer Regierungsform.⁶⁵⁾

An Aktualität gewonnen hat in letzter Zeit das Beamtenstreikverbot durch die Diskussionen um die Europäische Sozialcharta. Die Europäische Sozialcharta ist das Gegenstück zur Europäischen Menschenrechtskonvention auf dem Gebiete der wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte und wurde am 6. Mai 1976 vom Bundesrat unterzeichnet, jedoch noch nicht vom Parlament ratifiziert. In Art. 6 Ziff. 4 wird darin den Arbeitnehmern und Arbeitgebern das Recht auf kollektive Massnahmen einschliesslich des Streikrechts zugesichert. Umstritten ist nun, ob die Schweiz wie die Bundesrepublik Deutschland, die ebenfalls ein Streikverbot für Beamte kennt, einen Vorbehalt zu diesem Artikel anbringen müsste, oder ob mit dessen Ratifizierung ein Streikrecht für die Beamten geschaffen würde.

F. Die Schweigepflicht

Die Schweigepflicht oder Pflicht zur Amtsverschwiegenheit,⁶⁶⁾ wie sie auch genannt wird, bildet einen Ausfluss der Treupflicht, denn sie zielt in erster Linie darauf ab, dass Tatsachen, deren Bekanntgabe staatliche Interessen beeinträchtigen könnte, geheimzuhalten sind. Solange kein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht, gilt die Geheimhaltungspflicht aber auch für Tatsachen, die in privatem Interesse diskret behandelt werden sollen.⁶⁷⁾ Da sich die Schweigepflicht aus der allgemeinen Treupflicht ableiten lässt, gilt sie auch ohne ausdrückliche Vorschrift.⁶⁸⁾

Sieht man die dienstrechtlichen Erlasse des Kantons Aargau durch, stellt man fest, dass die Schweigepflicht ausdrücklich in der Angestellten-

⁶⁴⁾ Lobsiger, S. 309.

⁶⁵⁾ Richner, S. 249/50.

⁶⁶⁾ Vgl. BtG Art. 27.

⁶⁷⁾ Reichlin, Schweigepflicht, S. 475.

⁶⁸⁾ Im Hof, S. 296a; Richner, S. 125; Reichlin, Schweigepflicht, S. 478; Fisch, S. 88; Köhl, S. 35.

und der Aushilfenverordnung sowie im Dienstreglement der Kantonspolizei statuiert wird,⁶⁹⁾ dass sie aber weder im Besoldungsdekret noch in der Verordnung dazu aufgeführt wird. Wenn sich die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit auch unmittelbar aus der Treuepflicht ergibt, muss ihr doch der Charakter einer selbständigen Pflicht zuerkannt werden.⁷⁰⁾ Da sie zudem auch noch nach Auflösung des Dienstverhältnisses fortbesteht, sollte sie in ein zukünftiges Beamtengesetz aufgenommen werden, um über diesen Punkt Klarheit zu schaffen.

Die im aargauischen Dienstrecht vorhandenen Vorschriften über die Schweigepflicht bestimmen alle ganz lapidar, dass der Dienstnehmer über *dienstliche Angelegenheiten* zur Verschwiegenheit verpflichtet sei. Diese Bestimmungen gehen zu weit und hätten bei wörtlicher Interpretation die Konsequenz, dass der Dienstnehmer über die einfachsten Tätigkeiten und die Zustände in der Verwaltung wie über ein militärisches Geheimnis Stillschweigen bewahren müsste.⁷¹⁾ Genauer umschreibt das Beamtengesetz des Bundes den Gegenstand der Geheimhaltungspflicht, indem es den Beamten lediglich zur Verschwiegenheit über jene dienstlichen Angelegenheiten verpflichtet, «die nach ihrer Natur oder gemäss besonderer Vorschrift geheim zu halten sind.»⁷²⁾ Keine Geheimnisse sind Tatsachen, an denen der sogenannte Geheimnisherr kein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung hat, die offenkundig oder jedermann leicht zugänglich sind, oder die vom Geheimnisherrn selbst preisgegeben werden.⁷³⁾

Die Verletzung der Schweigepflicht kann nicht nur *disziplinarische*, sondern auch *strafrechtliche* Sanktionen nach sich ziehen. In StGB Art. 320 Ziff. 1 wird demjenigen Gefängnis oder Busse angedroht, der «ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat.» Gleichzeitig wird bestimmt, dass die Verletzung des Amtsgeheimnisses auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses strafbar bleibt. Im Gegensatz zur Verletzung des Berufsgeheimnisses,⁷⁴⁾ welche nur auf

⁶⁹⁾ AV § 11; Aushilfenverordnung § 11; DR Kantonspolizei § 6.

⁷⁰⁾ Richner, S. 125.

⁷¹⁾ Vgl. Reichlin, Schweigepflicht, S. 481.

⁷²⁾ BtG Art. 27 Abs. 1.

⁷³⁾ Real, S. 146.

⁷⁴⁾ In StGB Art. 321 wird Geistlichen, Rechtsanwälten, Ärzten usw. Strafe angedroht, wenn sie ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben. Über das Verhältnis zwischen Amts- und Berufsgeheimnis bei öffentlich-rechtlich angestellten Ärzten vgl. ZBl. 1977 S. 315 f. und die dort aufgeführte Literatur.

Antrag strafbar ist, handelt es sich hier um ein *Offizialdelikt*. Mit schriftlicher Einwilligung seiner vorgesetzten Behörde kann der Dienstnehmer vom Amtsgeheimnis entbunden werden.⁷⁵⁾ In diesem Fall ist er nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet auszusagen.⁷⁶⁾

Die aargauische Strafprozessordnung gewährt den Beamten ein Zeugnisverweigerungsrecht «hinsichtlich der Amtsgeheimnisse, sofern die vorgesetzte Behörde der Einvernahme nicht zugestimmt hat.»⁷⁷⁾ Zu beachten ist allerdings, dass das Zeugnisverweigerungsrecht bei Bestehen einer Anzeigepflicht, wie sie für bestimmte Beamte statuiert ist, hinsichtlich des Gegenstandes der Anzeige nicht besteht.⁷⁸⁾ Auch im Zivilprozess steht demjenigen ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, der ein Amtsgeheimnis zu wahren hat.⁷⁹⁾ Darf ein Geheimnisträger nach dem Prozessgesetz das Zeugnis verweigern, muss er dies tun, um keine Geheimnisverletzung zu begehen.⁸⁰⁾

Da ausdrückliche Bestimmungen fehlen, muss die Frage aufgeworfen werden, was denn unter der «*vorgesetzten Behörde*» im Sinne des Strafgesetzbuches und der aargauischen Strafprozessordnung zu verstehen sei. Angesichts der Tragweite, die eine Aufhebung des Amtsgeheimnisses vor allem für den vom Entscheid betroffenen Privaten haben kann, und zumal solche Fälle sehr selten vorkommen, ist es m. E. angebracht, den Departementsvorsteher als für solche Entscheide zuständige Instanz zu betrachten.⁸¹⁾

Ein Hauptproblem der Schweigepflicht bildet die Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit und dem Wunsch der Privaten nach Diskretion. Der Steuerzahler z. B. möchte einerseits, dass seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse geheim bleiben, andererseits hat er ein Interesse daran, kontrollieren zu können, ob seine Mitbürger ihren Anteil an der Tragung der Steuerlast leisten. Im aargauischen Steuergesetz findet sich denn auch ein Eingriff in die den Steuerbeamten und Mitgliedern der Steuerbehörden ausdrücklich auferlegte Schweigepflicht,⁸²⁾ indem in jeder Gemeinde nach Beendigung der Veranlagungsarbeiten zu bestimmten Zeiten während 14 Tagen die Steuerbücher öffentlich aufgelegt werden müssen.⁸³⁾ Auch die Geheim-

⁷⁵⁾ StGB Art. 320 Ziff. 2.

⁷⁶⁾ Real, S. 150; Reichlin, Schweigepflicht, S. 510.

⁷⁷⁾ StPO § 98 Abs. 1.

⁷⁸⁾ StPO § 98 Abs. 4 in Verbindung mit StPO § 120.

⁷⁹⁾ ZPO § 183 Abs. 2 lit. b.

⁸⁰⁾ Real, S. 150.

⁸¹⁾ Vgl. die Regelung für die Beamten der Bundesverwaltung BO 1 Art. 21 Abs. 1, 2 und 3 und ZBl. 1977 S. 316.

⁸²⁾ Steuergesetz § 76 Abs. 1.

⁸³⁾ Steuergesetz § 84 Abs. 3.

haltungspflicht der Gerichte und Verwaltungsbehörden des Kantons und der Gemeinden wird gegenüber den Steuerbehörden aufgehoben hinsichtlich der zur richtigen Handhabung des Steuergesetzes erforderlichen Auskünfte.⁸⁴⁾ Umgekehrt ist auch das Finanzdepartement befugt, «den Verwaltungsbehörden und den Gerichten des Kantons und der Gemeinden die Steuerakten zu öffnen oder die Steuerbehörden ihnen gegenüber zur Erteilung von Auskünften zu ermächtigen, soweit ein öffentliches Interesse besteht.»⁸⁵⁾

Abgesehen von solchen, aufgrund eines besonderen Rechtssatzes bestehenden Ausnahmen, gilt die Schweigepflicht auch gegenüber andern Abteilungen der Verwaltung und gegenüber andern Verwaltungen. Eine Auskunftspflicht besteht gegenüber der hierarchisch vorgesetzten Instanz, gegenüber der Behörde, für die der Dienstnehmer tätig ist oder die ihn beaufsichtigt und gegenüber den Arbeitskollegen, soweit es zur gegenseitigen Erfüllung der Dienstpflcht nötig ist. Zulässig ist es auch, geheimzuhaltende Tatsachen einer andern Behörde mit gleichen administrativen Funktionen mitzuteilen, wenn diese über die gleichen Mittel verfügt, um von Privaten Auskünfte zu erhalten.⁸⁶⁾

G. Das Geschenkannahmeverbot

Niemand soll in einem Rechtsstaat das ordnungsgemässe Funktionieren der Verwaltung durch Geschenke beeinflussen und auf diese Weise die notwendige Objektivität der Amtsstellen beeinträchtigen können. Die Unbefangenheit der Dienstnehmer würde in Frage gestellt, und die Rechtsgleichheit wäre nicht mehr gewährleistet. Im aargauischen Dienstrecht ist zwar lediglich den Beamten der Kantonspolizei, der Bezirksgerichte und des Obergerichts die Annahmen von Geschenken ausdrücklich verboten,⁸⁷⁾ eine solche Handlungsweise würde jedoch auch gegen die *Treuepflicht* verstossen⁸⁸⁾ und ist den Dienstnehmern auch ohne ausdrückliches Verbot untersagt.

Das *Strafrecht* sieht ebenfalls Strafen vor für Zuwendungen, die geeignet sind, die Dienstnehmer zu beeinflussen. Bestraft wird sowohl das eigentliche Sich-bestechen-lassen, d. h. das Fordern, Annehmen oder Sich-versprechen-lassen eines Geschenkes oder eines andern «nicht ge-

⁸⁴⁾ Steuergesetz § 82.

⁸⁵⁾ Steuergesetz § 76 Abs. 2.

⁸⁶⁾ Reichlin, Schweigepflicht, S. 506; Imboden/Rhinow II, Nr. 149, S. 1093/94, Ziff. III.

⁸⁷⁾ DR Kantonspolizei § 8; BzGrOG § 15 und 17; OGrOG § 15, 17 und 18.

⁸⁸⁾ BGE 83 I 306 ff.

bührenden» Vorteils für eine künftige, pflichtwidrige Amtshandlung,⁸⁹⁾ als auch die Annahme von Geschenken für künftige, nicht pflichtwidrige Amtshandlungen.⁹⁰⁾ Die nachträgliche Zuwendung bleibt straflos; sie kann aber unter Umständen disziplinarisch geahndet werden.

Das Geschenkannahmeverbot darf nicht wortwörtlich verstanden werden. Die vielerorts übliche Sitte, den Verkehrspolizisten und Abwarten zum Jahreswechsel kleinere Geschenke oder Trinkgelder zu geben, verstösst weder gegen das Strafrecht⁹¹⁾ noch gegen die Amtspflichten und wird auch im Bund geduldet.⁹²⁾ Richtigerweise wurde denn auch das Geschenkannahmeverbot im Dienstreglement der Kantonspolizei so formuliert, dass den Polizeibeamten nur die Annahme jener Geschenke untersagt wird, die mit der Stellung der Beamten «im Zusammenhang stehen oder geeignet sind, über ihre Unparteilichkeit Zweifel aufkommen zu lassen.»⁹³⁾ Dieser Wortlaut trifft den Kern der Sache: Auch eine Zuwendung, die dem Beschenkten keinerlei Vorteile bringt und den Dienstnehmer nicht zu beeinflussen vermag, kann geeignet sein, das Vertrauen in die Verwaltung zu erschüttern. Entscheidend ist nicht allein die Wirkung auf den *Beschenkten*, sondern auch der *Vertrauensverlust*, den die Verwaltung durch die Annahme von unrechtmässigen Zuwendungen in den Augen der Öffentlichkeit erlitte. Der Dienstnehmer, der Belohnungen annimmt, verletzt damit nicht nur seine interne Dienstpflicht, sondern gefährdet wichtige allgemeine Rechtsgüter des Staates.⁹⁴⁾

H. Die Gehorsamspflicht

Für Fleiner findet das Beamtenverhältnis seinen vornehmsten Ausdruck «in der besonderen Treu- und Gehorsamspflicht, der Subordination gegenüber den amtlichen Vorgesetzten.»⁹⁵⁾ Schwarzenbach bezeichnet das Hierarchieprinzip als das neben der öffentlichrechtlichen Natur des Dienstverhältnisses zweite wesentliche Merkmal des Beamtenverhältnisses.⁹⁶⁾ Unter Gehorsamspflicht versteht man die dem besonderen Rechtsverhältnis entspringende Pflicht der Dienstnehmer, dem Vorge-

⁸⁹⁾ StGB Art. 315.

⁹⁰⁾ StGB Art. 316.

⁹¹⁾ Stratenwerth, S. 641.

⁹²⁾ Vgl. BO 1 Art. 20 Abs. 2; BO 2 Art. 17 Abs. 2; BO 3 Art. 32 Abs. 2; AO Art. 27 Abs. 5. Vgl. Botschaft des Bundesrates zum BtG in BBl 1924 III 101.

⁹³⁾ DR Kantonspolizei § 8 Abs. 1.

⁹⁴⁾ BGE 43 I 225.

⁹⁵⁾ Fritz Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat, S. 34.

⁹⁶⁾ Schwarzenbach, Grundriss, S. 201.

setzten oder der vorgesetzten Behörde gehorchen zu müssen, ohne dass es dazu – wie in den allgemeinen Rechts- oder Gewaltverhältnissen – einer Verfügung oder eines Urteils bedarf.⁹⁷⁾ Der Begriff des Gehorsams wird aber durch die Treuepflicht relativiert. Keinesfalls kann es sich um blinden Gehorsam handeln, denn auch bei der Vollziehung eines Dienstbefehls gilt es für den Dienstnehmer die Interessen des Staates zu wahren. Während das aargauische Dienstrecht nichts über die Gehorsamspflicht aussagt, bestimmt das Beamtengesetz des Bundes ausdrücklich: «Der Beamte hat die Dienstbefehle seiner Vorgesetzten gewissenhaft und vernünftig zu vollziehen.»⁹⁸⁾ Der Dienstnehmer soll sich also auch etwas dabei denken, wenn er den Anweisungen seines Vorgesetzten nachkommt. Hat dieser sich in einer für den Untergebenen erkennbaren Weise *geirrt*, verstiesse der Vollzug des Befehls ohne Hinweis auf den vermuteten Irrtum gegen die Treuepflicht. Besteht der Vorgesetzte aber auf seinem Befehl, muss der Dienstnehmer ihn vollziehen; der Vorgesetzte trägt dann auch die Verantwortung.⁹⁹⁾

Einen ordentlichen Ablauf der Verwaltungstätigkeit geradezu verunmöglichen würde jedoch die Gewährung eines *Prüfungsrechtes* gegenüber jedem Befehl. Der Dienstbefehl hat den formellen Erfordernissen des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts zu genügen, d. h. der Vorgesetzte wie der Untergebene müssen befugt sein, den entsprechenden Befehl zu erteilen bzw. zu vollziehen. Weiter ist erforderlich, dass der Befehl nicht etwa das Privatleben des Dienstnehmers berührt.¹⁰⁰⁾ Ist der Befehl «in denkbarer Weise noch Gegenstand der Dienstpflicht»,¹⁰¹⁾ muss der Dienstnehmer ihn ausführen, sonst riskiert er Disziplinarmaßnahmen. Deren Zweck ist es ja unter anderem, in solchen Fällen durch Sanktionen das ordentliche Funktionieren der Verwaltung zu gewährleisten.

Grundsätzlich sind *Dienstanweisungen* im Beamtenverhältnis *nicht-anfechtbare Verfügungen*, weil sie kein objektives Recht schaffen und deshalb nicht mit den Rechtsmitteln der Beschwerde angefochten werden können.¹⁰²⁾ Wurde dem Dienstnehmer aber ein offensichtlich *rechtswidriger* Befehl erteilt, wird er sich für dessen Rücknahme einsetzen. Gelingt ihm dies nicht, muss er die Ausführung des Befehls verweigern und seinen Vorgesetzten unverzüglich davon benachrichti-

⁹⁷⁾ Vgl. Im Hof, S. 321a/22a.

⁹⁸⁾ BtG Art. 25 Abs. 1.

⁹⁹⁾ Vgl. BtG Art. 25 Abs. 2; Kaufmann, Beamtenrecht, S. 389; Kaufmann, Verantwortlichkeit, S. 234a; Roos, S. 33.

¹⁰⁰⁾ Im Hof, S. 327a ff.

¹⁰¹⁾ Köhl, S. 36.

¹⁰²⁾ VPB 38/1974 Nr. 67 S. 16.

gen.¹⁰³⁾ Der Dienstnehmer ist jedoch weder berechtigt noch verpflichtet zu prüfen, ob die seine Tätigkeit regelnden Vorschriften verfassungs- und gesetzmässig seien. Er handelt rechtmässig, wenn er annehmen durfte, dass er an die seine Befugnisse festlegenden Vorschriften gebunden sei und sich an die ihm darin gesetzten Schranken seiner Kompetenzen hält. Nur wenn er offensichtliche Gründe hat, die Vorschriften für illegal zu halten, darf er annehmen, von der Pflicht zu ihrer Anwendung entbunden zu sein.¹⁰⁴⁾

Bei gewissen Funktionen ist es unerlässlich, dass der sie ausführende Dienstnehmer ein erhöhtes Mass an *dienstlicher Unabhängigkeit* geniesst. Zu denken ist hier natürlich in erster Linie an den Richter, der bei der Rechtsfindung an keinerlei Dienstbefehle gebunden ist.¹⁰⁵⁾ Dienstliche Unabhängigkeit steht auch jenen Beamten zu, deren Aufgabe es ist, sachverständige Gutachten abzugeben. Hinsichtlich dieser Funktion besteht für sie keine Gehorsamspflicht.¹⁰⁶⁾ Auch den Lehrern an öffentlichen Schulen garantiert die Lehrfreiheit eine gewisse – durch die Lehrpläne allerdings stark eingeschränkte – dienstliche Unabhängigkeit.¹⁰⁷⁾

¹⁰³⁾ Grisel, S. 247; Fleiner/Giacometti, S. 676; Im Hof, S. 330a; Roos, S. 33. Vgl. dazu auch Peter Saladin, Die Befugnis der Verwaltungsbehörden zur akzessorischen Überprüfung von Verordnungen, in ZBl. 1966, S. 193 ff.

¹⁰⁴⁾ BGE 100 Ib 16 ff.

¹⁰⁵⁾ Vgl. OGrOG § 55 Abs. 1, BzGrOG § 76 Abs. 1.

¹⁰⁶⁾ Im Hof, S. 326a. Als Beispiel sei hier der Rechtskonsulent des Regierungsrates erwähnt, vgl. Organisationsdekret Regierungsrat § 28.

¹⁰⁷⁾ Ausdrücklich garantiert wurde die Lehrfreiheit im Verfassungsentwurf vom 13. Dezember 1978 in § 14.

V. Die rechtliche Verantwortlichkeit des Dienstnehmers

A. Allgemeines

Die besondere Rechtsstellung des öffentlichrechtlichen Dienstnehmers äussert sich neben den eigens auf ihn zugeschnittenen Rechten vor allem in den ihm auferlegten *Pflichten*. Bei der Besprechung dieser Pflichten ist auch die *rechtliche Verantwortlichkeit* einzubeziehen; sie knüpft an eine Dienstpflichtverletzung des Dienstnehmers an. Diese sogenannte Beamtenverantwortlichkeit wurde schon als *condicio sine qua non* der Beamtenpflichten bezeichnet, denn sie ermögliche erst den Zwang, durch den eine Pflicht zur Rechtspflicht wird.¹⁾

Wir unterscheiden drei Arten von rechtlicher Verantwortlichkeit: die *vermögensrechtliche*, die *strafrechtliche* und die *disziplinarische*. Eine Dienstpflichtverletzung kann je nach Sachverhalt zu einer Sanktion wegen Verletzung einer oder mehrerer Arten von Verantwortlichkeiten führen; die eine Rechtsfolge schliesst die andere nicht aus.

Bei jeder Art von Verantwortlichkeit ist der ihr unterworfenene Personenkreis verschieden gross. So ist z. B. der strafrechtliche Beamtenbegriff ein wesentlich anderer als der im aargauischen Recht gebräuchliche. Während der für das aargauische Disziplinarrecht geltende Beamtenbegriff nur die auf Amtsdauer gewählten Funktionäre des Staates umfasst,²⁾ zählen zu den Beamten im strafrechtlichen Sinne auch die Angestellten und Personen, die nur provisorisch angestellt sind, oder die vorübergehend amtliche Funktionen ausüben.³⁾ Es muss daher für die Bestimmung des Geltungsbereiches immer auf die Erlasse abgestellt werden, die eine bestimmte Verantwortlichkeit regeln (Verantwortlichkeitsgesetz, Strafgesetzbuch, disziplinarische Vorschriften im aargauischen Dienstrecht usw.).

¹⁾ Hotz, S. 39.

²⁾ BD § 1.

³⁾ StGB Art. 110 Ziff. 4.

B. Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit

1. Allgemeines

Unter *vermögensrechtlicher Verantwortlichkeit* oder *Amtshaftung* verstehen wir das Entstehen des Gemeinwesens und des Dienstnehmers für widerrechtlich zugefügten Schaden.⁴⁾ Hat ein öffentlichrechtlicher Dienstnehmer durch eine Dienstpflichtverletzung einen Schaden verursacht, sind folgende drei Rechtsverhältnisse zu untersuchen: das Verhältnis zwischen dem Geschädigten und dem Dienstnehmer, dasjenige zwischen dem Dienstnehmer und dem Staat und dasjenige zwischen dem Staat und dem Geschädigten.

Die Amtshaftung zerfällt in zwei Haftungsarten. Unter *Staatshaftung* versteht man die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Staates für Schäden, die durch hoheitliche oder nichthoheitliche Tätigkeit öffentlichrechtlicher Korporationen und Anstalten bzw. durch Tätigkeit eines Dienstnehmers widerrechtlich verursacht werden. Als *Beamtenhaftung* bezeichnet man die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des öffentlichrechtlichen Dienstnehmers für den in Ausübung seiner Amtstätigkeit verursachten Schaden.⁵⁾ Die Staatshaftung kann so beschaffen sein, dass der Geschädigte sich nur an den Staat, nicht aber an den Dienstnehmer halten kann (*originäre Staatshaftung*), dass der Geschädigte den Staat belangen kann, wenn der Dienstnehmer nicht in der Lage ist, den Schaden zu decken (*subsidiäre Staatshaftung*), oder dass der Geschädigte wählen kann, ob er den Staat oder den Dienstnehmer belangen will (*solidare Staatshaftung*).⁶⁾

Der Kanton Aargau kennt die für den Geschädigten befriedigendere Lösung, die originäre Staatshaftung. Sie wurde im Jahre 1939 durch den Erlass des Gesetzes über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten und über die Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) eingeführt, nachdem die verfassungsrechtliche Grundlage, StV Art. 8, schon 1885 gelegt worden war.⁷⁾ Das Verantwortlichkeitsgesetz regelt sowohl die

⁴⁾ Schwarzenbach, Staats- und Beamtenhaftung, S. 18.

⁵⁾ Schwarzenbach, Grundriss, S. 191 ff.

⁶⁾ Über die positiv-rechtliche Ausgestaltung in den einzelnen Kantonen vgl. Schwarzenbach, Staats- und Beamtenhaftung, S. 94 ff., und Thomas Fleiner, S. 313.

⁷⁾ Schon die Verfassung von 1852 verlangte ein «mit Beförderung zu erlassendes» Verantwortlichkeitsgesetz (Art. 9); die Verfassung von 1885 forderte: «Alle Behörden, Beamten und Angestellten sind für ihre Verrichtungen dem Staat, den Gemeinden und den Privaten nach den näheren Bestimmungen eines sofort zu erlassenden Gesetzes verantwortlich.» (StV Art. 8).

Schadenersatzpflicht des Staates und der Gemeinden (das externe Haftungsverhältnis) als auch das Verhältnis zwischen dem Schaden verursachenden Dienstnehmer und dem Gemeinwesen (internes Haftungsverhältnis).

Der vom Verantwortlichkeitsgesetz umschriebene Geltungsbereich hat eine Eigentümlichkeit, die hier kurz erläutert werden muss. Erstauen mag es, dass das Verantwortlichkeitsgesetz beim externen Haftungsverhältnis⁸⁾ und beim Rückgriff wegen indirekter Schädigung⁹⁾ von öffentlichen Beamten, Angestellten und Arbeitern spricht, während beim Paragraphen, der die interne Haftung bei direkter Schädigung des Gemeinwesens regelt, die Arbeiter nicht erwähnt sind.¹⁰⁾ Dies erklärt sich aus der Tatsache, dass beim Erlass des Gesetzes die Arbeiter privatrechtlich angestellt waren und ihr Einbezug aus Billigkeitsgründen erfolgte, weil man sie nicht schlechter stellen wollte als die übrigen Dienstnehmer und für sie auch das direkte Klagerecht des Geschädigten ausschalten wollte.¹¹⁾ Bestanden früher noch kontroverse Lehrmeinungen zur Frage der Haftung von privatrechtlich angestellten Dienstnehmern,¹²⁾ so hat sich dieses Problem heute weitgehend entschärft. Im Bund sieht das 1958 geschaffene Verantwortlichkeitsgesetz ausdrücklich die Haftung für Beamte und alle übrigen Arbeitskräfte des Bundes vor,¹³⁾ und auch im Kanton Aargau wird man sich gegebenenfalls nicht an den engen Wortlaut klammern dürfen, sondern die ratio legis berücksichtigen müssen. Ob sich ein Geschädigter mit seinen Haftungsansprüchen an den Staat halten kann, sollte nicht von einer Zufälligkeit wie der Anstellungsform abhängen. Das Kriterium sollte vielmehr sein, ob der Dienstnehmer dem Bürger gegenüber in amtlicher Funktion auftritt oder ob er ihm als Privater begegnet.¹⁴⁾

2. Die Voraussetzungen der Haftpflicht

Die Voraussetzungen der Staats- wie der Beamtenhaftung sind grundsätzlich dieselben, wie sie vom Obligationenrecht in Art. 41 ff. für die Haftung durch unerlaubte Handlungen im Privatrecht gefordert wer-

⁸⁾ VG § 2 Abs. 1.

⁹⁾ VG § 5 Abs. 1.

¹⁰⁾ VG § 1 Abs. 1.

¹¹⁾ Verhandlungen des Aargauischen Grossen Rates 1937–41, Art. 360, S. 63.

¹²⁾ Gegen eine Haftung des Staates bei privatrechtlich angestellten Dienstnehmern: Oser/Schönenberger N 12 zu OR Art. 61; Becker N 17 zu OR Art. 61; BGE 60 II 112; 57 II 201. A. M. Roos in ZBJV 75 (1939) S. 386 ff.; Oftinger II/1, S. 117; AGVE 1951 S. 82 ff.

¹³⁾ VG des Bundes Art. 1 Abs. 1 lit. e, Art. 2 Abs. 1.

¹⁴⁾ AGVE 1951 S. 86/87.

den. Der Geschädigte kann den Schaden auf den Staat bzw. bei bloss subsidiärer oder solidarischer Haftung des Staates auf den Dienstnehmer überwälzen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:¹⁵⁾

1. Es muss ein *Schaden* entstanden sein.
2. Die schädigende Handlung (oder Unterlassung) des Dienstnehmers muss seiner *dienstlichen Tätigkeit* zuzurechnen sein.
3. Zwischen der schädigenden Handlung oder Unterlassung und dem Schaden muss ein *adäquater Kausalzusammenhang* bestehen.
4. Die Schädigung muss *widerrechtlich* sein.
5. Dem Dienstnehmer muss ein *Verschulden* vorgeworfen werden können.

Der Bund¹⁶⁾ und einige Kantone¹⁷⁾ haben ihre Staatshaftung als Kausalhaftung konzipiert. In diesem Falle bleibt natürlich die Haftung vom Verschulden unabhängig.

a) *Schaden bzw. tort moral*

Selbstverständliche Voraussetzung einer vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit ist das Vorliegen eines *Schadens*. Er besteht in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögen des Geschädigten und dem Bestand, den sein Vermögen hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre.¹⁸⁾ Der Staat und die Gemeinden übernehmen auch Genugtuungsleistungen, wenn deren Voraussetzungen gegeben sind.¹⁹⁾ Schadenersatz dient zum Ausgleich des materiellen Schadens, mit der Genugtuung soll die in körperlichen oder seelischen Schmerzen bestehende Kränkung (*tort moral*) aufgewogen werden.²⁰⁾ Naturgemäss kann eine solche Kränkung nur einem Dritten und nicht dem Staat zugefügt werden, weshalb Genugtuungsleistungen im internen Verhältnis nicht in Betracht kommen.

b) *Zurechnung der schädigenden Handlung des Dienstnehmers zu seiner Amtstätigkeit*

Nicht jeder Schaden, den ein öffentlichrechtlicher Dienstnehmer verursacht, fällt unter die hier untersuchte vermögensrechtliche Verantwortlichkeit. Die Staatshaftung kommt nur dann zur Anwendung, wenn der

¹⁵⁾ Vgl. Schwarzenbach, Grundriss, S. 194.

¹⁶⁾ VG des Bundes Art. 3 Abs. 1.

¹⁷⁾ Z. B. Zürich, vgl. Haftungsgesetz § 6 Abs. 1.

¹⁸⁾ Von Tuhr/Peter I, S. 84.

¹⁹⁾ VG § 2 Abs. 2.

²⁰⁾ Von Tuhr/Peter I, S. 125 f.

Dienstnehmer *in Ausübung* seines Dienstes widerrechtlich Schaden stiftete und nicht nur *bei Gelegenheit* einer Amtstätigkeit.²¹⁾

c) *Adäquater Kausalzusammenhang*

Zwischen Ursache und Erfolg muss der sogenannte adäquate Kausalzusammenhang bestehen. «Haftungsbegründend ist die Ursache, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Ursache wesentlich begünstigt erscheint.»²²⁾

d) *Widerrechtlichkeit*

Nach der vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannten sogenannten objektiven Widerrechtlichkeitstheorie²³⁾ ist ein Verhalten dann widerrechtlich, wenn es gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen.²⁴⁾ Während im privatrechtlichen Haftpflichtrecht der Schwerpunkt mehr bei der Verletzung eines *Rechtsgutes* liegt, steht bei der Amtshaftung die Verletzung einer *Rechtsnorm* im Vordergrund, denn im öffentlichen Recht kann ein Rechtsgut auch auf rechtmässige Art (z. B. durch eine Enteignung) verletzt werden.²⁵⁾

Die Widerrechtlichkeit kann in der Verletzung von eidgenössischem oder kantonalem, privatem oder öffentlichem Recht,²⁶⁾ oder in der Missachtung von Dienstvorschriften liegen.²⁷⁾ Auch bei Verletzungen von Vorschriften des Beamtengesetzes²⁸⁾ und Ermessensmissbrauch oder Ermessensüberschreitung kann Widerrechtlichkeit vorliegen.

Die in der Literatur heftig umstrittene Frage der sogenannten «amtpflichtgemässen rechtswidrigen» Staatsakte ist im Bereiche der Verschuldenshaftung ohne praktische Bedeutung. (Gemeint sind damit die Schädigungen, die ein Privater durch den Staat bei rechtmässiger

²¹⁾ VG § 2 Abs. 1; Becker N 11 zu OR Art. 61. Die Unterscheidung ist analog derjenigen bei der Haftung des Geschäftsherrn (OR Art. 55), der Haftung für Hilfspersonen (OR Art. 101) und der Organhaftung für juristische Personen (ZGB Art. 55). Vgl. Oftinger II/1, S. 144 ff.

²²⁾ Oftinger I, S. 72/73.

²³⁾ Vgl. Oftinger I, S. 135 ff.

²⁴⁾ BGE 103 Ib 68; 94 I 642 f.; 91 I 452 f. Vgl. auch Imboden/Rhinow II, Nr. 105, S. 739/40, Ziff. VI, wo auf viele weitere Gerichtsentscheide zur Frage der Widerrechtlichkeit hingewiesen wird.

²⁵⁾ Vgl. Schwarzenbach, Staats- und Beamtenhaftung, S. 41; Kaufmann, Verantwortlichkeit, S. 326a f.; Thomas Fleiner, S. 316/17.

²⁶⁾ BGE 90 II 280; 88 II 281.

²⁷⁾ BGE 89 II 47 f.

²⁸⁾ BGE 103 Ib 68.

Ausübung der Staatsgewalt erleidet. Musterbeispiel ist das von Polizisten bei Tumulten verletzte unbeteiligte Opfer.) Selbst wenn man die Widerrechtlichkeit vom Standpunkt des Geschädigten aus und nicht von dem des handelnden Beamten aus beurteilt²⁹⁾ oder den Begriff der Rechtswidrigkeit wie im zivilen Haftpflichtrecht in der Rechtsgutverletzung und nicht im Handlungsunrecht sieht,³⁰⁾ wird der Anspruch bei Verschuldenshaftung in diesen Fällen am fehlenden Verschulden des Dienstnehmers scheitern. Man hat die Problematik der geltenden Regelung im Aargau jedoch erkannt und in den Entwurf für eine neue Kantonsverfassung eine Bestimmung aufgenommen, nach welcher fortan Kanton und Gemeinden auch für Schäden haften sollten, die von ihren Behörden und Beamten *rechtmässig* verursacht wurden, wenn Einzelne davon schwer betroffen sind und ihnen nicht zugemutet werden kann, den Schaden selbst zu tragen.³¹⁾

e) *Verschulden*

Als *Verschulden* bezeichnet man ein Verhalten, das die Ursache eines Schadens darstellt und als so tadelnswert angesehen wird, dass es die Haftbarmachung des Schädigers zu rechtfertigen vermag.³²⁾ Verschulden kann in zwei Formen vorliegen. Hatte der Schädiger den auf die Herbeiführung des Schadens gerichteten Willen, spricht man von *Vorsatz*. *Fahrlässigkeit* liegt dann vor, wenn die Schädigung bei der Anwendung der durch die Umstände gebotenen Sorgfalt hätte vermieden werden können.³³⁾ Man unterscheidet zwei Arten der Fahrlässigkeit: leichte und grobe. Von *grober Fahrlässigkeit* spricht man, wenn der Schädiger unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausser acht gelassen hat, was jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen.³⁴⁾ *Leichte Fahrlässigkeit* liegt dann vor, wenn die Merkmale der groben fehlen.

Nach dem aargauischen Verantwortlichkeitsgesetz spielt diese Unterscheidung wie im Bundesprivatrecht grundsätzlich keine Rolle. Der Dienstnehmer haftet dem Gemeinwesen sowohl bei leichter wie bei grober Fahrlässigkeit,³⁵⁾ und auch die Haftpflicht des Gemeinwesens ent-

²⁹⁾ Bernhard Müller, S. 350.

³⁰⁾ Imboden/Rhinow II, Nr. 107, S. 749/50, Ziff. III.

³¹⁾ Verfassungsentwurf vom 13. Dezember 1978 § 75 Abs. 2.

³²⁾ Oftinger I, S. 141.

³³⁾ Becker N 89 zu OR Art. 41.

³⁴⁾ Oftinger I, S. 153; BGE 102 Ib 108.

³⁵⁾ VG § 1 und 5 Abs. 1. Vgl. demgegenüber die Verantwortlichkeitsgesetze des Bundes (Art. 7 und 8) und einiger Kantone, die die interne Haftpflicht des Dienstnehmers auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränken.

steht unabhängig von der Art der Fahrlässigkeit.³⁶⁾ Die Unterscheidung in leichte und grobe Fahrlässigkeit kann aber im internen Haftungsverhältnis von Bedeutung sein, kann doch der Richter bei leichtem Verschulden die Ersatzpflicht ermässigen.³⁷⁾

3. Das externe Haftungsverhältnis

Das aargauische Verantwortlichkeitsgesetz schliesst das direkte Klage-recht gegen den fehlbaren Dienstnehmer aus.³⁸⁾ Durch die schädigende Handlung des Dienstnehmers entsteht deshalb nur ein Rechtsverhältnis zwischen dem betreffenden Gemeinwesen, das für seinen pflichtvergesenen Funktionär eintreten muss, und dem Geschädigten, nicht aber zwischen dem Geschädigten und dem Dienstnehmer. Dieses *externe Haftungsverhältnis* gehört eigentlich nicht zu den in dieser Arbeit zu behandelnden Rechten und Pflichten des Staatspersonals. Da es aber an eine schädigende, widerrechtliche Amtshandlung eines Dienstnehmers anknüpft, muss es ebenfalls kurz erläutert werden.

Art. 59 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass für die öffentlichrechtlichen und kirchlichen Körperschaften und Anstalten das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vorbehalten bleibt. Diese Bestimmung bezieht sich aber nicht nur auf die Organisation dieser Körperschaften und Anstalten, sondern auch auf die Haftung gegenüber Dritten.³⁹⁾ Diese juristischen Personen und deren Organe sind nicht nach Art. 55 ZGB haftbar, sondern nach eidgenössischen oder kantonalen Verantwortlichkeitsnormen. Fehlen solche Normen, besteht keine Haftung des Gemeinwesens; die ergänzende Anwendung von Bundesprivatrecht, insbesondere von OR Art. 41, auf das Gemeinwesen ist in diesem Falle ausgeschlossen.⁴⁰⁾ Um den Geschädigten aber bei Fehlen einer Regelung im öffentlichen Recht nicht leer ausgehen zu lassen, bestimmt OR Art. 61 Abs. 1, dass grundsätzlich im externen Haftungsverhältnis der öffentliche Beamte oder Angestellte nach OR Art. 41 ff. haftet, wenn nicht der Bund und die Kantone abweichende Bestimmungen aufgestellt haben. Für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichrechtlichen Dienstnehmern ist es den Kantonen jedoch verwehrt, die Regelungen des Obligationenrechts abzuändern.⁴¹⁾ Die Tatsache, dass auf das externe Haf-

³⁶⁾ VG § 2 Abs. 1.

³⁷⁾ VG § 6.

³⁸⁾ VG § 2 Abs. 3.

³⁹⁾ Tuor, S. 102.

⁴⁰⁾ Sogenanntes Legalitätsprinzip, vgl. BGE 95 I 288.

⁴¹⁾ OR Art. 61 Abs. 2.

tungsverhältnis grundsätzlich das Bundesprivatrecht anwendbar ist, stellt einen Einbruch in das kantonale öffentliche Recht dar, das die öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse im allgemeinen selbständig regelt,⁴²⁾ und bildet eine Ausnahme gegenüber ZGB Art. 6 und 59.⁴³⁾

Dass die alleinige Haftung des Beamten sehr problematisch ist, liegt auf der Hand. Dieser unbefriedigende Zustand wurde im Kanton Aargau im Jahre 1939 durch den Erlass des *Verantwortlichkeitsgesetzes* beendet. Der Kanton Aargau führte damit die *originäre Staatshaftung* ein, d. h. der Staat und die Gemeinden werden schadenersatzpflichtig, wenn einem Dritten durch öffentliche Beamte, Angestellte oder Arbeiter in Ausübung ihres Dienstes widerrechtlich und schuldhaft Schaden zugefügt wird.⁴⁴⁾

Der für Kantone mit subsidiärer oder solidarischer Staatshaftung wichtige Art. 61 Abs. 1 OR ist für die Kantone mit originärer Staatshaftung ohne Belang, für sie gilt allein ZGB Art. 59.⁴⁵⁾ Allerdings ist auch bei der originären Staatshaftung oft die Frage zu entscheiden, ob das Gemeinwesen nach Privatrecht oder nach öffentlichem Recht, d. h. Verantwortlichkeitsgesetz, haftet. Hier gelten nun dieselben Kriterien, die das Bundesgericht bei OR Art. 61 Abs. 2 zur Unterscheidung zwischen «amtlicher» und «gewerblicher» Verrichtung anwendet.⁴⁶⁾ Heute geht man davon aus, dass unter «amtlicher Verrichtung» die hoheitliche Tätigkeit und unter «gewerblicher Verrichtung» die Tätigkeit des Gemeinwesens, die keinen hoheitlichen Charakter trägt, zu verstehen ist.⁴⁷⁾ Zur hoheitlichen Tätigkeit des Staates zählen dabei alle seine ursprünglichen Aufgaben, wie Polizei, Gerichtswesen, Steuerwesen, Militär usw. Tritt der Staat aber dem Bürger auf gleicher Stufe gegenüber wie ein Privater, haftet er auch wie ein Privater, und es gilt das private Schadenersatzrecht des Obligationenrechts.

Das aargauische Verantwortlichkeitsgesetz ist sehr kurz gehalten (zehn Paragraphen), doch verweist es bei fehlenden Vorschriften auf den Abschnitt des Obligationenrechts über die unerlaubten Handlungen (Art. 41 ff.),⁴⁸⁾ der dann als kantonales öffentliches Recht zur Anwendung kommt.⁴⁹⁾

⁴²⁾ OR Art. 342 Abs. 1 lit. a.

⁴³⁾ Reichlin, Schadenersatzpflicht, S. 68.

⁴⁴⁾ VG § 2 Abs. 1.

⁴⁵⁾ Zehntner, S. 85.

⁴⁶⁾ Otfinger II/1, S. 121 ff.; Zehntner, S. 86.

⁴⁷⁾ Schwarzenbach, Staats- und Beamtenhaftung, S. 92; Otfinger II/1, S. 121 ff.; BGE 101 II 183.

⁴⁸⁾ VG § 7.

⁴⁹⁾ Becker N 3 zu OR Art. 61; Reichlin, Schadenersatzpflicht, S. 69.

Ausgenommen vom Geltungsbereich der kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze sind diejenigen Dienstnehmer, für welche das Bundeszivilrecht selbst Haftungsbestimmungen aufstellt.⁵⁰⁾ So haften die Zivilstandsbeamten,⁵¹⁾ Handelsregisterführer⁵²⁾ und vormundschaftlichen Organe⁵³⁾ persönlich, und der Kanton trägt den Schaden subsidiär. Für die Betreibungsbeamten haften dagegen im Kanton Aargau die Gemeinden, und für die Konkursbeamten haftet der Kanton direkt nach Verantwortlichkeitsgesetz.⁵⁴⁾

Eine nach dem Verschuldensprinzip aufgebaute Staatshaftung, wie sie der Kanton Aargau und die meisten andern Kantone kennen, vermag heute nicht mehr zu befriedigen. Dem Geschädigten wird es sehr oft unmöglich sein, ein Verschulden eines bestimmten Beamten nachzuweisen. Falls ihm dies gelingt, ist die Höhe der Ersatzleistungen zudem vom Verschulden des Dienstnehmers abhängig,⁵⁵⁾ d. h. der Geschädigte, der unglücklicherweise an einen unerfahrenen oder unzurechnungsfähigen Dienstnehmer geriet, muss den Schaden ganz oder teilweise selbst tragen.⁵⁶⁾ Einen optimalen Schutz vor Schäden, die ihm durch fehlerhafte Staatstätigkeit zugefügt werden, geniesst der Bürger nur unter der Herrschaft einer *Kausalhaftung*.⁵⁷⁾

4. Das interne Haftungsverhältnis

Das Verantwortlichkeitsgesetz regelt auch das Haftungsverhältnis zwischen dem Dienstnehmer und dem Gemeinwesen, das entweder durch *direkte* Schädigung – der Dienstnehmer hat z. B. durch Unachtsamkeit eine Maschine beschädigt oder Staatsgelder veruntreut – oder *indirekt* wegen Schadenersatzforderungen eines Dritten zu Verlust gekommen ist.⁵⁸⁾ Die Haftung des Dienstnehmers im Innenverhältnis ist stets als

⁵⁰⁾ VG § 8 Abs. 2.

⁵¹⁾ ZGB Art. 42.

⁵²⁾ OR Art. 928.

⁵³⁾ ZGB Art. 426–430. Im Kanton Aargau haftet bei einem Schaden, den ein Vormund oder die Vormundschaftsbehörde verursacht hat, die Gemeinde noch vor dem Kanton, EG ZGB § 67 Abs. 1.

⁵⁴⁾ Ausführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 13. Oktober 1964 § 5 und 9. Art. 5 und 6 SchKG sehen lediglich eine subsidiäre Haftung des Kantons vor.

⁵⁵⁾ OR Art. 43 Abs. 1 in Verbindung mit VG § 7.

⁵⁶⁾ Vgl. Kaufmann, Verantwortlichkeit, S. 319a f.

⁵⁷⁾ Im Entwurf für eine neue Kantonsverfassung vom 13. Dezember 1978 wurde in § 75 Abs. 2 eine Rechtsgrundlage für eine zukünftige Kausalhaftung gelegt.

⁵⁸⁾ VG § 1 und 5.

Verschuldenshaftung ausgestaltet, und im Gegensatz zum externen Verhältnis kommt hier ausschliesslich öffentliches Recht zur Anwendung.

Nach dem aargauischen Verantwortlichkeitsgesetz besteht die Haftpflicht des Dienstnehmers auch bei leichtem Verschulden,⁵⁹⁾ doch kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen, wenn es die Umstände rechtfertigen oder wenn der Haftpflichtige durch den Ersatz des gesamten Schadens in eine Notlage geraten würde.⁶⁰⁾ Neuere Haftungsgesetze lassen den Dienstnehmer nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haften.⁶¹⁾ Man hat erkannt, dass eine allzu strenge Verantwortlichkeit unter Umständen aus initiativen und tatkräftigen Dienstnehmern übervorsichtige Gesetzesvollzieher machen kann.

Durch das Institut der *Amtskautiön* versucht sich das Gemeinwesen vor Verlusten, die ihm durch pflichtvergessene Dienstnehmer entstehen können, zu schützen. Der Staat hat bei den mit Kautionspflicht verbundenen Ämtern immerhin eine finanzielle Rücklage, auf die er greifen kann, und der Dienstnehmer weiss, dass er bei Dienstpflichtverletzungen riskiert, den hinterlegten Betrag zu verlieren.⁶²⁾

Kann der Staat die durch gerichtliches Urteil zugesprochene Ersatzpflicht des Dienstnehmers gegen dessen Willen durch *Verrechnung* vom Lohn oder von Leistungen der Beamtenpensionskasse abziehen? Eine analoge Anwendung der zivilrechtlichen Rechtsnormen über die Verrechnung ohne eine ausdrückliche gesetzliche Zulassung wird von der Doktrin zwar mehrheitlich abgelehnt;⁶³⁾ von der Rechtssprechung wird die Verrechenbarkeit aber als allgemeiner, auch im Verwaltungsrecht geltender Grundsatz angesehen. Nach der Praxis kann das Gemeinwesen aufgrund ungeschriebenen Rechts und des aus OR Art. 125 Ziff. 3 gezogenen Umkehrschlusses⁶⁴⁾ durch einseitige Erklärung verrechnen, gleichgültig ob die Forderung oder die Gegenforderung öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist.⁶⁵⁾ Diese Praxis hat für den Dienstnehmer die unangenehme Konsequenz, dass er vom Staat in die Rolle des Klägers verwiesen wird, wenn er die geltend gemachte Ersatzpflicht anfechten will.

⁵⁹⁾ VG § 1 Abs. 1, § 5 Abs. 1.

⁶⁰⁾ VG § 6.

⁶¹⁾ Vgl. VG des Bundes Art. 7 und 8.

⁶²⁾ Vgl. vorne S. 28 ff.

⁶³⁾ Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 118 ff. und 335/36 N 87; Im Hof, S. 391a; Schaller, S. 106; a. M. Becker N 12 zu OR Art. 125.

⁶⁴⁾ OR Art. 125 Ziff. 3 schliesst die Verrechnung von öffentlichrechtlichen Verpflichtungen gegen das Gemeinwesen ohne dessen Zustimmung aus.

⁶⁵⁾ Imboden/Rhinow I, Nr. 33, S. 195, Ziff. II; BGE 89 I 417 f. E. 1; 86 I 179 E. 2. In den neusten Entscheiden BGE 104 Ib 2/3 E. 2 und 102 Ib 107 E. 2 hat das Bundesgericht jedoch zu erkennen gegeben, dass es diese Praxis gelegentlich überprüfen will.

5. Das Verfahren

Die Mitglieder des *Regierungsrates* und des *Obergerichtes* geniessen einen besonderen verfahrensrechtlichen Schutz vor allzu leichtfertig erhobenen Verantwortlichkeitsklagen. Zur Klageanhebung gegenüber diesen Magistraten bedarf es eines Beschlusses des Grossen Rates.⁶⁶⁾

Eine ausdrückliche Regelung der Frage, *wer* zu entscheiden habe, ob gegen einen Dienstnehmer geklagt werden soll, fehlt im Verantwortlichkeitsgesetz. Daher kommt diese Aufgabe dem Regierungsrat als oberster Vollziehungs- und Verwaltungsbehörde zu.⁶⁷⁾

Trotz des eindeutig öffentlichrechtlichen Charakters der Klagen aus internem wie externem Haftungsverhältnis wurde vom Verantwortlichkeitsgesetz für beide Fälle das *Zivilprozessverfahren* vorgesehen.⁶⁸⁾ Auch nach Einführung der umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit durch das VRPG von 1968 wurde dieses Verfahren beibehalten, da die Verwandtschaft mit dem Haftpflichtrecht nach OR sehr nahe ist und der Zivilprozess sowohl dem Privaten, der Schadenersatz fordert, wie auch dem aus interner Verantwortlichkeit belangten Dienstnehmer immer noch die besten Garantien bietet.⁶⁹⁾

Das Verantwortlichkeitsgesetz regelt nur bei Rückgriffsklagen die *Verjährung* ausdrücklich. Sie tritt ein nach Ablauf eines Jahres seit Feststellung der Haftbarkeit des Gemeinwesens, jedenfalls aber mit dem Ablauf von zehn Jahren von der Feststellung oder Anerkennung der Haftbarkeit an.⁷⁰⁾ Wo das Verantwortlichkeitsgesetz keine Vorschriften aufstellt, finden die Bestimmungen des Obligationenrechts über die unerlaubten Handlungen Anwendung.⁷¹⁾ Damit gilt für die Schadenersatzpflicht des Dienstnehmers gegenüber dem Gemeinwesen aus direkter Schädigung wie für die Haftpflicht des Gemeinwesens die Regelung von OR Art. 60 Abs. 1. Die Verjährung tritt somit nach einem Jahr seit Kenntnis des Schadens und des Ersatzpflichtigen ein, jedenfalls aber mit dem Ablauf von zehn Jahren seit der schädigenden Handlung.⁷²⁾

⁶⁶⁾ VG § 1 Abs. 2.

⁶⁷⁾ Verhandlungen des Aargauischen Grossen Rates 1937–41, Art. 360, S. 63.

⁶⁸⁾ VG § 9 Abs. 1.

⁶⁹⁾ Botschaft des Regierungsrates zum VRPG vom 3. Mai 1967, S. 49; Killer, S. 314.

⁷⁰⁾ VG § 5 Abs. 3.

⁷¹⁾ VG § 7.

⁷²⁾ Beat Keller, S. 103, 143.

C. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit

Die öffentlichrechtlichen Dienstnehmer – besonders jene mit hoheitlichen Funktionen – müssen in erhöhtem Masse das Vertrauen der Bevölkerung geniessen können, und ihre Integrität ist Grundvoraussetzung ihrer Berufstätigkeit.⁷³⁾ Als Korrelat zu diesem in sie gesetzten hohen Vertrauen sah der Gesetzgeber entsprechende Sanktionen bei Verletzung ihrer Amtspflichten vor.

Das Strafgesetzbuch kennt Delikte, die nur von Amtspersonen begangen werden können, die eigentlichen *Amtsdelikte* (sie zählen zu den sogenannten echten Sonderdelikten), und Delikte, die jedermann begehen kann, bei denen jedoch ein höherer Strafrahmen vorgesehen ist, falls der Täter bestimmte Voraussetzungen erfüllt (sogenannte unechte Sonderdelikte).⁷⁴⁾

Ein wesentlicher Unterschied besteht zwischen der strafrechtlichen und der ihr verwandten disziplinarischen Verantwortlichkeit. Jede Dienstpflichtverletzung kann die vorgesetzte Stelle veranlassen, eine Disziplinarmassnahme über den betreffenden Dienstnehmer zu verhängen; zur Ausfällung einer strafrechtlichen Sanktion reicht dieser Sachverhalt aber noch nicht aus. Nur die Erfüllung eines im Strafgesetzbuch ausdrücklich mit Strafe bedrohten Tatbestandes kann zu einer Verurteilung durch den Strafrichter führen. Im Gegensatz zum Disziplinarrecht gilt hier der Grundsatz des rechtsstaatlichen Strafrechts «nulla poena sine lege».⁷⁵⁾

Der Begriff des Beamten ist im Strafgesetzbuch ein anderer als der in dieser Arbeit sonst verwendete. Die Legaldefinition bestimmt, dass darunter neben den Beamten und Angestellten einer öffentlichen Verwaltung und der Rechtspflege auch die Personen fallen, die nur provisorisch ein Amt bekleiden oder angestellt sind, oder die vorübergehend amtliche Funktionen ausüben.⁷⁶⁾ Allein die *Funktionen* einer Person entscheiden also über ihre Beamtenqualität im Sinne des Strafgesetzbuches.⁷⁷⁾ Wenn sie einer dem Gemeinwesen zukommenden öffentlichrechtlichen Aufgabe dienen, so begründen sie die Beamteneigenschaft.⁷⁸⁾ Auch die nicht ausdrücklich erwähnten Arbeiter⁷⁹⁾ und die privat-

⁷³⁾ Vgl. vorne S. 37 ff., 51 f.

⁷⁴⁾ Vgl. als Beispiele unechter Sonderdelikte StGB Art. 140 Ziff. 2 und Art. 282 Ziff. 2.

⁷⁵⁾ Vgl. weiter hinten S. 69.

⁷⁶⁾ StGB Art. 110 Ziff. 4.

⁷⁷⁾ BGE 70 IV 219.

⁷⁸⁾ Stratenwerth, S. 633.

⁷⁹⁾ Sieber, S. 240.

rechtlich angestellten Arbeitnehmer fallen somit unter den strafrechtlichen Beamtenbegriff, sofern sie amtliche Funktionen erfüllen.

Bei den meisten Amtsdelikten nennt das Strafgesetzbuch als mögliche Täter neben den Beamten auch die Mitglieder einer *Behörde*.⁸⁰⁾ Mit der ausdrücklichen Erwähnung der Behördenmitglieder werden auch die Parlamentarier und Mitglieder von Kommissionen den Beamten gleichgestellt, weil das für die Beamteneigenschaft im Sinne von StGB Art. 110 Ziff. 4 erforderliche Abhängigkeitsverhältnis bei ihnen fehlt und sie deshalb ausdrücklich erwähnt werden mussten.⁸¹⁾

Unter dem Titel «Strafbare Handlungen gegen die Amts- und Berufspflicht» führt das Strafgesetzbuch folgende Amtsdelikte auf: Amtsmissbrauch,⁸²⁾ Gebührenüberforderung,⁸³⁾ ungetreue Amtsführung,⁸⁴⁾ Sich-bestechen-lassen,⁸⁵⁾ Annahme von Geschenken,⁸⁶⁾ Urkundenfälschung,⁸⁷⁾ Entweichenlassen von Gefangenen⁸⁸⁾ und die Verletzung des Amtsgeheimnisses.⁸⁹⁾

Zu einer Erhöhung des Strafrahmens führt die Beamteneigenschaft beiden für jedermann begehbaren Delikten Veruntreuung⁹⁰⁾ und Wahlfälschung.⁹¹⁾

Zu den für diese Delikte angedrohten Hauptstrafen kommt unter Umständen noch eine *Nebenstrafe* hinzu: Hat sich ein Behördemitglied oder ein Beamter durch ein Vergehen oder Verbrechen des Vertrauens unwürdig erwiesen, ist als Nebenstrafe *Amtsunfähigkeit* während zwei bis zehn Jahren auszusprechen.⁹²⁾ Diese Vertrauensunwürdigkeit zeigt sich nicht nur bei Begehung eines Amtsdeliktes; Amtsunfähigkeit kann auch bei Erfüllung eines andern Tatbestandes verhängt werden, auch bei einem Delikt des Militärstrafgesetzes und einer Verurteilung durch ein Militärgericht.⁹³⁾

⁸⁰⁾ StGB Art. 312, 314, 315, 316 und 320.

⁸¹⁾ Stratenwerth, S. 633/34. Ausführlich zum Verhältnis Beamter/Behördenmitglied Sieber, S. 248 ff.

⁸²⁾ StGB Art. 312.

⁸³⁾ StGB Art. 313.

⁸⁴⁾ StGB Art. 314.

⁸⁵⁾ StGB Art. 315.

⁸⁶⁾ StGB Art. 316.

⁸⁷⁾ StGB Art. 317.

⁸⁸⁾ StGB Art. 319.

⁸⁹⁾ StGB Art. 320.

⁹⁰⁾ StGB Art. 140; die obere Grenze wird bei einem Beamten als Täter von fünf Jahren Gefängnis auf zehn Jahre Zuchthaus erhöht!

⁹¹⁾ StGB Art. 282.

⁹²⁾ StGB Art. 51 Ziff. 1.

⁹³⁾ BGE 76 IV 287 f.; MStG Art. 38.

Vom Bundesgesetzgeber wurde es auch nach Erlass des Strafgesetzbuches den Kantonen weiterhin gestattet, eigene Bestimmungen aufzustellen über die parlamentarische Immunität der gesetzgebenden Behörde⁹⁴⁾ und über das Verfahren bei der Strafverfolgung der Mitglieder der obersten Vollziehungs- und Gerichtsbehörden wegen Verbrechen und Vergehen im Amt.⁹⁵⁾ Durch die *parlamentarische Immunität* soll es der gesetzgebenden Behörde ermöglicht werden, frei und ohne Angst vor einem allfälligen Prozess über ein heikles Thema zu beraten.⁹⁶⁾ Auch die Mitglieder der obersten Behörden der Exekutive und der Gerichte können die Kantone vor ungerechtfertigten Strafklagen schützen, indem sie eine nicht richterliche Behörde darüber entscheiden lassen, ob die erhobenen Anschuldigungen es rechtfertigen, die Sache dem Strafrichter zu übergeben.

Das aargauische Recht kennt jedoch ausser der aufgrund des Vorbehalts im Strafgesetzbuch zulässigen parlamentarischen Immunität der Grossräte⁹⁷⁾ und des besonderen Verfahrens bei Strafklagen gegen Obergerichte⁹⁸⁾ auch eine Bestimmung, die die Strafklage gegen Beamte der Bezirksgerichte wegen amtlicher Verrichtungen von einem Beschluss des Regierungsrates abhängig machen will.⁹⁹⁾ Da die Bezirksgerichte aber zweifellos nicht zu den obersten Behörden im Sinne von StGB Art. 366 Abs. 2 lit. b gehören, ist diese Vorschrift seit Erlass des Strafgesetzbuches bundesrechtswidrig und damit als ausser Kraft gesetzt zu betrachten.

D. Die disziplinarische Verantwortlichkeit

1. Allgemeines

Zu den Besonderheiten des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses zählt die Unterstellung des Dienstnehmers unter die Disziplinargewalt

⁹⁴⁾ StGB Art. 366 Abs. 2 lit. a; vgl. StPO § 24 Abs. 3.

⁹⁵⁾ StGB Art. 366 Abs. 2 lit. b.

⁹⁶⁾ Unter dem aufgehobenen Grossratsreglement vom 20. Februar 1941 waren auch die zu den Beratungen beigezogenen Beamten und Sachverständigen für ihre Äusserungen im Grossen Rat nur diesem selbst verantwortlich, § 4.

⁹⁷⁾ Geschäftsreglement des Grossen Rates § 5.

⁹⁸⁾ Das OGrOG bestimmt in § 59 Abs. 1: «Kriminalklagen gegen Mitglieder des Obergerichts bezüglich auf ihre amtlichen Verrichtungen hat der Grosse Rat durch den Regierungsrat dem Strafrichter zu überweisen.» Der Sinn dieser Vorschrift kann jedoch nur darin liegen, dass der Grosse Rat auch ein Prüfungsrecht ausübt und den Fall nicht – wie es dem Wortlaut nach anzunehmen wäre – automatisch überweist.

⁹⁹⁾ BzGrOG § 82 Abs. 1.

des Dienstherrn. Entstanden als Spezialstrafrecht hat sich das Beamten-disziplinarrecht heute zu einem besonderen Zweig des Beamtenrechts entwickelt.¹⁰⁰⁾ Während die *Strafe* das Erziehen und Bessern des Betroffenen und Sühne für die Tat zum Ziele hat (so auch die Disziplinarstrafen des Militärstrafgesetzes), ist der Zweck der *Disziplinar-massnahmen* im Dienstrecht nach heutiger Auffassung ein anderer: Durch sie soll das Vertrauen in die Verwaltung und deren gutes Funktionieren gewährleistet werden, soll ein Dienstnehmer zur Ordnung gerufen oder aus dem Dienst entlassen werden können, wenn er für die Verwaltung wegen Pflichtwidrigkeiten untragbar geworden ist.¹⁰¹⁾

Das Disziplinarrecht kennt denn auch entsprechend dem andersartigen Ziel andere Prinzipien als das Strafrecht. Der das Strafrecht beherrschende Grundsatz «nulla poena sine lege» wird im Disziplinarrecht durch das *Opportunitätsprinzip* ersetzt¹⁰²⁾ Die Verhängung einer Disziplinar-massnahme ist deshalb nicht von der Erfüllung eines bestimmten, im Gesetz umschriebenen Tatbestandes abhängig, sondern jede Pflichtverletzung kann Anlass zu einer Disziplinar-massnahme sein. Andererseits ist der Inhaber der Disziplinargewalt aber nicht verpflichtet, jeden Verstoß gegen die Dienstpflichten zu ahnden, sondern entscheidet nach seinem Ermessen, ob unter den gegebenen Umständen eine Massnahme gerechtfertigt sei.¹⁰³⁾

Das Beamtendisziplinarrecht ist nach heutiger Auffassung Teil des Dienstrechts, in dem wie im übrigen Verwaltungsrecht der Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* gilt. Das gewählte Mittel muss auch hier durch das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel gedeckt sein, und der Betroffene hat Anspruch auf das weniger in die Freiheit einschneidende Mittel, wenn das Ziel mit einem milderem Mittel ebensogut erreicht werden kann.¹⁰⁴⁾ Da es dem Gesetzgeber unmöglich ist, alles aufzuzählen, was dem der Disziplinargewalt Unterworfenen geboten und verboten ist, beschränkt er sich auf Generalklauseln, die der Behörde einen sehr weiten Spielraum lassen.¹⁰⁵⁾ Als Gegengewicht zu diesem die Rechtsgleichheit bedrohenden Zustand muss die Verwaltung auf eine gleichmässige Praxis achten und sollte der volle richterliche Rechtsschutz auch bei

¹⁰⁰⁾ Hangartner, S. 87.

¹⁰¹⁾ Fleiner/Giacometti, S. 691 f.; Grisel, S. 267; Hangartner, S. 89; Kägi, S. 73; Dieter Keller, S. 187; Heinrich Andreas Müller, S. 88; BGE 98 Ib 306; 97 I 835.

¹⁰²⁾ Fleiner/Giacometti, S. 692; Hangartner, S. 92 f.; Kägi, S. 84; Dieter Keller, S. 189.

¹⁰³⁾ Imboden/Rhinow I, Nr. 54, S. 316/17, Ziff. II b.

¹⁰⁴⁾ BGE 101 Ia 176 und 308.

¹⁰⁵⁾ Vgl. Imboden/Rhinow I, Nr. 54, S. 317/18, Ziff. IV b.

leichteren Disziplinar-massnahmen gewährleistet sein,¹⁰⁶⁾ eine Forderung, die im aargauischen Disziplinarrecht nicht erfüllt ist.

Wie im kriminellen Strafrecht, ist auch im Disziplinarrecht das *Verschulden* Voraussetzung zur Verhängung einer Sanktion. Nur eine fahrlässig oder vorsätzlich verschuldete Pflichtverletzung kann Grund zu einer Disziplinar-massnahme sein.¹⁰⁷⁾ Nach BD § 15 Abs. 1 ist ein Beamter, dessen Verhalten oder Leistungen nicht befriedigen, durch den Vorgesetzten zu mahnen. Unzulässig wäre es nun aber, eine solche Mahnung zu verfügen, wenn der Dienstnehmer schuldlos von seiner Aufgabe überfordert wird, weil er z. B. mit elektronischer Datenverarbeitung oder andern Neuerungen konfrontiert wird. Desgleichen kann die in BD § 15 Abs. 2 erwähnte schwere Untüchtigkeit nur dann Grund zu einer Disziplinar-massnahme sein, wenn es dem Dienstnehmer am guten Willen fehlt, seine Aufgaben pflichtgemäss zu erfüllen.

Im Gegensatz zum Strafrecht ist im Disziplinarrecht die Verbindung zweier Sanktionen zulässig; der Grundsatz «ne bis in idem» hat hier keine Geltung, sowohl hinsichtlich einer Verbindung von Disziplinar-massnahme und Strafe aufgrund des Strafgesetzbuches als auch hinsichtlich der Verhängung mehrerer Disziplinar-massnahmen.¹⁰⁸⁾

Wird gegen einen Dienstnehmer, gegen den bereits eine Disziplinar-untersuchung läuft, auch ein Strafverfahren eröffnet, wird zweckmässigerweise das *Disziplinarverfahren* bis zum Abschluss des Strafverfahrens eingestellt.¹⁰⁹⁾ Mangels einer gesetzlichen Grundlage sind im Disziplinarverfahren die prozessualen Zwangsmittel wie Zeugeneinvernahme, Hausdurchsuchung usw. nicht zulässig. Zur Untersuchung der materiellen Wahrheit stehen dem Strafrichter mehr Möglichkeiten zur Verfügung; dies sollte berücksichtigt werden, auch wenn die Verwaltungsbehörde nicht an die tatsächlichen Feststellungen des Strafurteils gebunden ist.¹¹⁰⁾ Ist der Tatbestand aber klar, bedarf es keiner prozessualen Zwangsmittel; das Strafurteil braucht dann nicht abgewartet zu werden. In diesem Falle entspricht eine möglichst rasche Abklärung des Disziplinarfalles eher dem Schutzzweck des Disziplinarrechts.¹¹¹⁾

Das Disziplinarverfahren soll einerseits den Dienstnehmer vor einer ungerechtfertigten Entlassung schützen und es andererseits ermöglichen,

¹⁰⁶⁾ Jud, S. 118; Hangartner, S. 111 f.; Kägi, S. 84.

¹⁰⁷⁾ Im Hof, S. 344a/45a; Imboden/Rhinow I, Nr. 54, S. 318, Ziff. IV c; AGVE 1970 S. 377.

¹⁰⁸⁾ Fleiner/Giacometti, S. 692; Hangartner, S. 100; vgl. BtG Art. 30 Abs. 2 und Art. 31 Abs. 3; DR Kantonspolizei § 18 Abs. 2.

¹⁰⁹⁾ Grisel, S. 268; Hangartner, S. 109.

¹¹⁰⁾ Über die Einschränkungen dieses Grundsatzes vgl. Imboden/Rhinow II, Nr. 142, S. 1054/55, Ziff. II a.

¹¹¹⁾ Dieter Keller, S. 197.

fehlbare Dienstnehmer aus dem Staatsdienst zu entfernen. Mit dem freiwilligen Ausscheiden des Fehlbaren besteht dessen Schutzbedürfnis nicht mehr, und das Interesse des Staates ist ebenfalls befriedigt.¹¹²⁾ Der Dienstnehmer kann sich der drohenden Entlassung aus disziplinarischen Gründen entziehen, indem er selbst um Entlassung aus dem Dienstverhältnis ersucht. In der Praxis wird man oft bei Vorkommnissen, die eine disziplinarische Entlassung rechtfertigen oder doch als Grenzfälle angesehen werden, dem betreffenden Dienstnehmer nahelegen, selbst seine Demission bzw. Kündigung einzureichen, um das Interesse der Öffentlichkeit nicht unnötig auf die Sache zu lenken. Ein solches Vorgehen birgt aber die Gefahr der ungleichen Behandlung und der Willkür in sich.¹¹³⁾ Wiegt das Interesse an einer ordnungsgemässen Abklärung des Vorfalles aber schwerer, weil vielleicht ein anderer Dienstnehmer von einem Verdacht befreit werden muss oder das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung auf dem Spiele steht, braucht die Wahlbehörde das von einem Beamten gestellte Demissionsbegehren nicht anzunehmen, da sie berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, den Beamten vor Ablauf der Amtsdauer auf sein Gesuch hin zu entlassen.¹¹⁴⁾ Nicht entscheidend ist es dabei, ob das Disziplinarverfahren bei der Einreichung des Demissionsgesuches bereits hängig ist oder nicht.¹¹⁵⁾ Einer Privatperson, die durch Anzeige oder Beschwerde ein Disziplinarverfahren in Gang gebracht hat, kommt darin keine Parteistellung zu. Der rein verwaltungsinternen Natur des Beamtendisziplinarrechts widerspräche es, Aussenstehende über die Aussprechung oder den Verzicht einer Disziplinarmassnahme mitentscheiden zu lassen.¹¹⁶⁾

2. Die Ausgestaltung des Disziplinarrechts im aargauischen Dienstrecht

Das Disziplinarrecht ist im Aargau nur sehr rudimentär und über viele Erlasse verstreut geordnet. Schon im Jahre 1918 wurde im Aargauischen Beamtenblatt eine Disziplinarordnung gefordert,¹¹⁷⁾ und 1919 publizierte das gleiche Blatt sogar einen Entwurf für eine grossrätliche Disziplinarverordnung.¹¹⁸⁾ Die vom Grossen Rat am 4. Juni 1951 erheblich erklärte Motion Max Byland, welche vom Regierungsrat einen Be-

¹¹²⁾ Fleiner/Giacometti, S. 691; Im Hof, S. 350a/51a; AGVE 1970 S. 377.

¹¹³⁾ Schaller, S. 38.

¹¹⁴⁾ Jud, S. 182 ff.; Grisel, S. 269.

¹¹⁵⁾ BJM 1971 S. 200.

¹¹⁶⁾ BGE 63 II 248; AGVE 1962 S. 97.

¹¹⁷⁾ BeaBl. 15 (1918) S. 10 ff.

¹¹⁸⁾ BeaBl. 16 (1919) S. 10 f.

richt über das Disziplinarrecht und eventuell eine Vorlage für die Verwaltungsgerichtsbarkeit forderte, führte zwar nach weiteren parlamentarischen Vorstössen zum Erlass des Verwaltungsverfahrensrechtssetzungsgesetzes vom 9. Juli 1968, die Überarbeitung des *materiellen* Disziplinarrechts wurde aber einem späteren Beamtenengesetz vorbehalten.¹¹⁹⁾ Da das Disziplinarverfahren aber ein Verwaltungsverfahren ist, wurde durch das Verwaltungsverfahrensrecht wenigstens das *Verfahren* in den entscheidenden Punkten geregelt.

Für einige kantonale und kommunale Dienstnehmer hat der Bundesgesetzgeber selbst die disziplinarische Verantwortlichkeit geregelt. So bestehen bundesrechtliche Vorschriften für die Grundbuchbeamten,¹²⁰⁾ die Beamten und Angestellten der Betreibungs- und Konkursämter¹²¹⁾ und die Zivilstandsbeamten.¹²²⁾ Das Verfahren bleibt bei Fehlen einer eidgenössischen Vorschrift auch bei diesen Dienstnehmern den Kantonen bzw. Gemeinden überlassen.¹²³⁾

Das aargauische Besoldungsdekret führt in einem mit dem Randtitel «Disziplinarische Massnahmen» bezeichneten Paragraphen folgende *Massnahmen* auf: die Mahnung durch den Vorgesetzten, die Versetzung ins Provisorium und die Entlassung durch den Regierungsrat.¹²⁴⁾ Weitere, in diesem Paragraphen nicht enthaltene Disziplinar-massnahmen sind im Abschnitt über die Besoldung verborgen: Dort wird vorgesehen, dass einem Beamten bei unbefriedigenden Leistungen die Erhöhung der Dienstalterszulagen sistiert und die Treueprämie vorenthalten oder gekürzt werden kann.¹²⁵⁾ Bei den nicht auf Amtsdauer gewählten Dienstnehmern erübrigt sich die Möglichkeit der Versetzung ins Provisorium; ihnen droht bei fruchtloser Mahnung, bei schwerer Pflichtversäumnis oder beim Vorliegen von wichtigen Gründen im Sinne von OR Art. 337 Abs. 2 die sofortige Entlassung.¹²⁶⁾ Das Dienstreglement der Kantonspolizei kennt neben den schon erwähnten Massnahmen auch Busse, Strafversetzung, Sistierung oder Aberkennung der Dienstalterszulagen bis auf drei Jahre und die Degradierung. Die Ver-

¹¹⁹⁾ Botschaft des Regierungsrates zum VRPG vom 3. Mai 1967, S. 1 und 43.

¹²⁰⁾ ZGB Art. 957.

¹²¹⁾ SchKG Art. 14.

¹²²⁾ ZGB Art. 44; Verordnung über das Zivilstandswesen Art. 181.

¹²³⁾ Hans Fritzsche, *Schuldbetreibung und Konkurs I*, 2. Aufl., Zürich 1967, S. 39; Tuor, S. 39 und 469.

¹²⁴⁾ BD § 15 Abs. 1 und 2. Vgl. die bedeutend umfassendere Regelung im Bundesdienstrecht, das neun verschiedene Disziplinar-massnahmen kennt, BtG Art. 31.

¹²⁵⁾ BD § 30 Abs. 2, § 27 Abs. 3.

¹²⁶⁾ AV § 5 Abs. 2; Forstpersonalverordnung § 5 Abs. 2.

knüpfung dieser Massnahmen mit Auflagen wie Abstinenzverpflichtung oder Bezahlung von Schulden ist ebenfalls vorgesehen.¹²⁷⁾ Unzulässig wäre es aber, eine für die Beamten der Kantonspolizei vorgesehene oder sonst in einem Spezialerlass enthaltene, im Besoldungsdekret aber fehlende Disziplinarmassnahme über einen Beamten zu verhängen, der diesen Spezialerlassen nicht untersteht.¹²⁸⁾

Disziplinarische Bestimmungen finden sich im aargauischen Recht einerseits in den dienstrechtlichen Erlassen,¹²⁹⁾ andererseits in den Organisationsgesetzen der Gerichte und Anstalten.¹³⁰⁾ Eine Erläuterung all dieser Regelungen wäre wenig sinnvoll, zumal die einzelnen Vorschriften einander sehr ähnlich sind.

Wenn auch das *formelle* Disziplinarrecht heute durch das Verwaltungsrechtspflegegesetz in den entscheidenden Fragen geregelt ist, so wäre doch eine einheitlichere Regelung des *materiellen* Disziplinarrechts dringend zu wünschen. Richtig ist es allerdings, für das Gerichtspersonal die gesetzlichen Bestimmungen der Organisationsgesetze vorzubehalten,¹³¹⁾ denn die Gewaltentrennung verlangt, dass diese Dienstnehmer der Aufsicht der Justizbehörden und nicht des Regierungsrates unterstehen.¹³²⁾

Das *Verfahren* ist relativ einfach bei den Beamten, deren Dienstverhältnis durch das Besoldungsdekret geregelt wird, stehen doch hier nur wenige Disziplinarmassnahmen zur Verfügung. Bleibt die nach Anhörung des Beamten und nach gründlicher Untersuchung schriftlich erfolgte Mahnung¹³³⁾ fruchtlos oder handelt es sich um schwere Pflichtversäumnis oder Untüchtigkeit, hat der Regierungsrat zu entscheiden, ob er den Fehlbaren ins Provisorium versetzen oder entlassen will.¹³⁴⁾ Wird ein Beamter wegen einer Strafuntersuchung vorübergehend im Amte eingestellt,¹³⁵⁾ erhält er in der Regel kein oder nur ein gekürztes Gehalt. Falls die Besoldung ganz oder teilweise weiter ausbezahlt wird, behält sich der Staat ein Rückforderungsrecht vor.¹³⁶⁾

¹²⁷⁾ DR Kantonspolizei § 18.

¹²⁸⁾ Vgl. Hangartner, S. 100/01; Imboden/Rhinow I, Nr. 54, S. 318, Ziff. V; BtG Art. 31 Abs. 2.

¹²⁹⁾ Vgl. z. B. BD § 15; VDB § 7–9; AV § 5; Forstpersonalverordnung § 5.

¹³⁰⁾ Vgl. z. B. OGrOG § 41, 56–58; BzGrOG § 62, 80 und 81; BzAOG § 14, 44–47; Dekret über die Organisation der Strafanstalt Lenzburg § 5 Ziff. 5, § 9 Ziff. 1; Dekret über die Organisation der kantonalen Erziehungsanstalt Aarburg § 9 Ziff. 5, § 10 Ziff. 1, § 11.

¹³¹⁾ BD § 15 Abs. 4.

¹³²⁾ Hangartner, S. 106.

¹³³⁾ BD § 15 Abs. 1; VBD § 7 und 9.

¹³⁴⁾ BD § 15 Abs. 2.

¹³⁵⁾ BD § 15 Abs. 3.

¹³⁶⁾ Vgl. VBD § 8.

Das aargauische Dienstrecht enthält keine *Verjährungsfristen*, wie sie z. B. das Bundesdienstrecht kennt.¹³⁷⁾ Es stellt sich daher die Frage, ob deshalb eine Verfehlung des Dienstnehmers beliebig lange Zeit nach der Amtspflichtverletzung disziplinarisch geahndet werden kann. Wie erwähnt, liegt der Zweck der Disziplinar massnahmen darin, das gute Funktionieren der Verwaltung und das Vertrauen der Öffentlichkeit in dieselbe zu gewährleisten. Deshalb wird man von einer Disziplinar massnahme absehen, wenn die Verfehlung weit zurückliegt, und sich am Verhältnismässigkeitsprinzip orientieren.

3. Rechtsschutz

Nach dem aargauischen Verwaltungsrechtspflegegesetz können grundsätzlich Verfügungen und Entscheide an die übergeordnete Verwaltungsinstanz weitergezogen werden.¹³⁸⁾ Disziplinarische Verfügungen über die vorzeitige Entlassung eines Behördemitgliedes, öffentlichen Beamten oder Angestellten sowie deren Einstellung im Amt oder Versetzung ins Provisorium nahm man von diesem Grundsatz aus, da diese schwerwiegenden Massnahmen regelmässig den Wahlbehörden oder besonderen Aufsichtsbehörden vorbehalten sind und deshalb ein verwaltungsinterner Instanzenzug ausgeschlossen ist.¹³⁹⁾ Diese Verfügungen können direkt an das *Verwaltungsgericht* weitergezogen werden.¹⁴⁰⁾ Von wenigen Ausnahmen abgesehen, ist das Verwaltungsgericht nicht berechtigt, das Ermessen der Verwaltungsbehörden zu überprüfen. Um dem rechtssuchenden Dienstnehmer aber mindestens ein Rechtsmittel mit Ermessenskontrolle zur Verfügung zu stellen, wurde das Verwaltungsgericht zur vollumfänglichen Überprüfung der obgenannten Disziplinarverfügungen ermächtigt,¹⁴¹⁾ d. h. es prüft nicht nur, ob Rechtsverletzungen vorliegen und der Sachverhalt richtig festgestellt wurde, sondern auch, ob der Sachverhalt richtig gewürdigt und aus den zur Verfügung stehenden Disziplinar massnahmen die angemessene ausgewählt wurde.

¹³⁷⁾ Vgl. BO 1 Art. 24 Abs. 4.

¹³⁸⁾ VRPG § 45.

¹³⁹⁾ VRPG § 55 Abs. 2. Bei disziplinarischer Entlassung ist deshalb AV § 5 Abs. 2 Satz bedeutungslos. Diese Bestimmung sichert den Angestellten im Falle der disziplinarischen oder administrativen Entlassung ein Beschwerderecht an den Regierungsrat zu. Bei disziplinarischer Entlassung geht aber die Regelung des VRPG vor.

¹⁴⁰⁾ VRPG § 55 Abs. 1.

¹⁴¹⁾ VRPG § 56 Abs. 3; vgl. Rohr, S. 358.

Das Verwaltungsgericht kann zwar eine Disziplinar massnahme aufheben und durch eine leichtere ersetzen,¹⁴²⁾ eine vorzeitige Entlassung aus dem Dienstverhältnis kann es aber nicht aufheben, sondern lediglich feststellen, ob die Entlassung gerechtfertigt war oder nicht. Erklärt das Verwaltungsgericht die Entlassung als nicht gerechtfertigt, und hält die Behörde an ihrem Entscheid fest, hat sie Schadenersatz zu leisten, über den, falls keine gütliche Einigung zustande kommt, das Verwaltungsgericht als einzige Instanz entscheidet.¹⁴³⁾ Das Verwaltungsgericht ist aber lediglich *Rechtsschutzinstanz*, nicht Disziplinarbehörde, d. h. die Verwaltungsbehörde trägt die Verantwortung für die Disziplinar massnahme. Ist z. B. einem Dienstnehmer vor dem Regierungsrat das rechtliche Gehör verweigert worden, ist dieser Verfahrensfehler durch den Regierungsrat als oberste Disziplinarbehörde und nicht durch das Verwaltungsgericht zu beheben.¹⁴⁴⁾

Auch bei weniger schwerwiegenden Massnahmen wie Mahnung oder Busse sind die vom Verwaltungsrechtspflegegesetz aufgestellten allgemeinen Grundsätze von der verfügenden Behörde zu beachten, und die nicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterliegenden Verfügungen können gegebenenfalls an die übergeordnete Verwaltungsbehörde weitergezogen werden.¹⁴⁵⁾ Für das Disziplinarrecht sind folgende Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes wichtig: der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und Rechtsgleichheit (§ 3 Abs. 1), der Anspruch auf Akteneinsicht (§ 16) und rechtliches Gehör (§ 15) sowie die daraus eventuell resultierende Ersatzpflicht (§ 17). Da das Disziplinarrecht keine Tatbestände und daraus ableitbare Rechtsfolgen kennt, ist die in VRPG § 23 Abs. 3 vorgeschriebene Begründung für den Betroffenen von grosser Bedeutung.

Hat der rechtssuchende Dienstnehmer den kantonalen Instanzenzug ausgeschöpft, bleibt ihm nur noch die Möglichkeit, mit *staatsrechtlicher Beschwerde* wegen Verletzung von BV Art. 4 ans Bundesgericht zu gelangen.¹⁴⁶⁾ Bei der sogenannten Willkürbeschwerde wegen Verletzung von BV Art. 4 prüft das Bundesgericht im allgemeinen lediglich, ob eine willkürliche Tatbestandsfeststellung oder Rechtsanwendung vorliegt.¹⁴⁷⁾ Wenn sich der Dienstnehmer durch eine Disziplinar massnahme in seinen Grundrechten verletzt fühlt, wird er unter Umständen die staatsrecht-

¹⁴²⁾ VRPG § 59 Abs. 1.

¹⁴³⁾ VRPG § 59 Abs. 2; § 60 Ziff. 3.

¹⁴⁴⁾ ZBl. 1967 S. 327 f.

¹⁴⁵⁾ VRPG § 45 und 49.

¹⁴⁶⁾ OG Art. 84 Abs. 1 lit. a, OG Art. 87.

¹⁴⁷⁾ Marti, S. 155 Ziff. 290.

liche Beschwerde damit begründen. Ob mit der angefochtenen Massnahme der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten worden ist, prüft das Bundesgericht lediglich mit einer gewissen Zurückhaltung.¹⁴⁸⁾

¹⁴⁸⁾ BGE 101 Ia 177. In diesem Fall, bei dem es um den Entzug der Wahlfähigkeit eines Aargauer Sekundarlehrers ging, wollte das Bundesgericht seine Kognition nicht auf blosser Willkür beschränken, weil die angefochtene Massnahme den Beschwerdeführer in seiner Freiheit traf, weiterhin in seinem erlernten Beruf zu arbeiten. Da die Lehrer in ungleich höherem Masse vom Arbeitgeber Staat abhängig sind als andere Dienstnehmer, trifft sie eine disziplinarische Entlassung oder der Entzug der Wahlfähigkeit bedeutend härter.

VI. Die Rechte des Dienstnehmers

A. Die persönlichen Rechte

1. Der Dienstnehmer und die Grundrechte

a) Allgemeines

Es ist heute allgemein anerkannt, dass dem öffentlichrechtlichen Dienstnehmer die *Grundrechte* ebenso zustehen wie den andern Staatsbürgern.¹⁾ Durch das mit dem Staat eingegangene besondere Rechtsverhältnis wird der Anwendungsbereich der Grundrechte aber nach gewissen Richtungen hin eingeschränkt.²⁾ Die Einschränkungen der Grundrechte aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses richten sich nach dessen Zweck und können von sehr unterschiedlichem Umfang sein. Einem Strafgefangenen wird man notwendigerweise viel stärkere Beschränkungen auferlegen müssen als einem im relativ losen besonderen Rechtsverhältnis zur Hochschule stehenden Studenten. Im Falle der öffentlichrechtlichen Dienstnehmer bildet der ordnungsgemässe Gang der Verwaltung das entscheidende Kriterium. Verlangt der öffentliche Dienst für die Erfüllung der ihm gestellten Aufgaben notwendigerweise eine Beschränkung der Grundrechte der Dienstnehmer, finden diese Eingriffe ihre Berechtigung im öffentlichen Interesse am ordnungsgemässen Funktionieren der Verwaltung.³⁾ Allerdings darf bei den besonderen Rechtsverhältnissen nicht angenommen werden, es gelte der Grundsatz «was nicht ausdrücklich verboten ist, muss gestattet werden».⁴⁾ Gerade das besondere Rechtsverhältnis, in dem die öffentlichrechtlichen Dienstnehmer stehen, ist einer Regelung aller sich daraus ergebenden Beschränkungen der Grundrechte unzugänglich. Die z. B. durch die Treuepflicht bedingte Zurückhaltung während und ausserhalb des Dienstes lässt sich nun einmal nicht nach allen Seiten konkretisieren, und man muss sich mit dem vagen Begriff «Treuepflicht» begnügen.

Aus der Tatsache, dass die Dienstnehmer freiwillig in das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis eintreten, darf nicht geschlossen werden, es werde damit durch den Grundsatz «volenti non fit iniuria» auch eine

1) BGE 101 Ia 181; 100 Ia 104 E. 5e; Im Hof, S. 366a; Richner, S. 78; Köhl, S. 92.

2) Kaufmann, *Beamtenrecht*, S. 386.

3) Im Hof, S. 318a; Köhl, S. 97 ff.

4) BGE 99 Ia 268.

das erforderliche Mass überschreitende Beschränkung der Grundrechte gerechtfertigt. Der freiwillig in ein besonderes Rechtsverhältnis eintretende Dienstnehmer braucht damit noch nicht freiwillig einer Beschränkung in der Ausübung seiner Grundrechte zuzustimmen und wird sich in den meisten Fällen darüber gar keine Gedanken machen.⁵⁾ «Die Freiheitsrechte sind eben auch objektives Recht und in diesem Sinne unverzichtbar.»⁶⁾ Einzelne Grundrechte werden auch vom Bundesgericht als «unverzichtbare und unverjährbare Rechte» bezeichnet.⁷⁾

b) Das Recht auf persönliche Freiheit

Unter dem *Recht auf persönliche Freiheit* versteht man das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie das Recht auf Bewegungsfreiheit und die elementaren körperlichen und geistigen Betätigungen.⁸⁾ In der aargauischen Staatsverfassung wird die persönliche Freiheit ausdrücklich garantiert,⁹⁾ nicht aber in der Bundesverfassung. Die Garantie der persönlichen Freiheit gehört jedoch dem ungeschriebenen Verfassungsrecht an,¹⁰⁾ und es bleibt deshalb für die Bestimmung in der Staatsverfassung kein Raum mehr. Die persönliche Freiheit hat die Bedeutung eines komplementären oder Auffangrechtes, das subsidiär angerufen werden kann, wenn andere Freiheitsrechte nicht zur Verfügung stehen.¹¹⁾ Bei Einschränkungen in der Meinungsäusserungsfreiheit, Vereinsfreiheit, Versammlungsfreiheit oder andern ungeschriebenen oder geschriebenen Grundrechten wird sich der Verletzte in der Regel nur auf diese speziellen Grundrechte berufen.

Einen durch das öffentliche Interesse gerechtfertigter Eingriff in die körperliche Integrität bildet die *vertrauensärztliche Untersuchung*, von deren Ergebnis eine Anstellung abhängig gemacht werden kann.¹²⁾ Die *Arbeitspflicht* verunmöglicht es dem öffentlichrechtlichen Dienstnehmer wie jedem andern Arbeitnehmer, während der Dienstzeit sein Recht auf Selbstbestimmung und Bewegungsfreiheit auszuüben, und ausserhalb der Dienststunden auferlegt ihm die *allgemeine Treuepflicht* gewisse Beschränkungen seiner persönlichen Freiheit.¹³⁾

⁵⁾ Von Münch, S. 29.

⁶⁾ Richner, S. 235.

⁷⁾ Die Niederlassungsfreiheit, die persönliche Freiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Ehefreiheit, das Verbot des Schuldverhaftes und der Körperstrafen; vgl. Saladin, S. 286 und 292; Marti, S. 37 Ziff. 43.

⁸⁾ Gustav Hug, S. 16.

⁹⁾ StV Art. 19 Abs. 1.

¹⁰⁾ Saladin, S. 91.

¹¹⁾ Gustav Hug, S. 24.

¹²⁾ VBD § 4.

¹³⁾ Vgl. vorne S. 37 ff.

c) Die Meinungsäusserungsfreiheit

Die *Meinungsäusserungsfreiheit* gehört dem ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes an.¹⁴⁾ Die Bestimmung der Staatsverfassung des Kantons Aargau, die die Meinungsäusserungsfreiheit gewährleistet,¹⁵⁾ hat daneben keine selbständige Bedeutung mehr. Grundsätzlich genießen die öffentlichrechtlichen Dienstnehmer die gleiche Freiheit der Meinungsäusserung wie Aussenstehende.¹⁶⁾ In verschiedener Hinsicht sind ihnen aber gewisse Beschränkungen auferlegt: Eine Grenze der Meinungsäusserungsfreiheit, die es unbedingt zu wahren gilt, bildet die *Schweigepflicht*. Meinungsäusserungen über Angelegenheiten, an deren Geheimhaltung ein öffentliches oder privates Interesse besteht, sind dem Dienstnehmer aufgrund der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit verboten.

Die andere Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit entsteht durch die *Treuepflicht*. Auch öffentlichrechtliche Dienstnehmer brauchen aus ihrer politischen Meinung keinen Hehl zu machen und dürfen sie auch öffentlich vertreten, sind doch gerade sie meistens politisch interessierter als der Durchschnittsbürger und beteiligen sich intensiv am öffentlichen Leben. Entscheidend bei der Frage, ob eine Meinungsäusserung noch als legitime Ausübung eines Grundrechtes oder schon als Verletzung der Treuepflicht gewertet werden muss, ist die *Funktion*, die der Betreffende ausübt und die *Stelle*, die er in der Verwaltungshierarchie einnimmt.¹⁷⁾

Im Jahre 1958 wurde im Aargauischen Grossen Rat eine Interpellation eingereicht, worin sich der Interpellant darüber beschwerte, dass zwei Chefbeamten vom Regierungsrat Rügen erteilt worden waren, weil sie hinter dem Rücken des Regierungsrates eine Petition an denselben den Grossräten verteilen liessen. In seiner Antwort führte der Regierungsrat aus, er gewähre jedem Beamten seine persönliche Freiheit, seine Meinungsäusserung, seine politische Überzeugung, sein Petitionsrecht. Es gebe aber auch eine Frage des *Taktes*, die seitens der Chefbeamten in dieser Sache nicht die nötige Beachtung gefunden habe.¹⁸⁾ Diesem Gesichtspunkt haben Beamte in exponierten Stellungen bei Meinungsäusserungen immer Rechnung zu tragen.¹⁹⁾ Eine «Flucht in die Öffentlichkeit» kann unter Umständen gerechtfertigt, ja aufgrund der Pflicht,

¹⁴⁾ BGE 100 Ia 399 E. 4a mit Hinweisen.

¹⁵⁾ StV Art. 18 Abs. 1.

¹⁶⁾ Grisel, S. 249; Kaufmann, Beamtenrecht, S. 389; Richner, S. 99.

¹⁷⁾ Grisel, S. 250. Kritisch dazu von Münch, S. 58, der die Meinung vertritt, dass lediglich in gewissen Ausnahmefällen der erhöhte Rang die Beschränkung von privaten Meinungsäusserungen zu rechtfertigen vermöge.

¹⁸⁾ Verhandlungen des Aargauischen Grossen Rates 1957–61, Art. 382, S. 647 ff.

¹⁹⁾ Vgl. auch Imboden/Rhinow II, Nr. 148, S. 1083/84, Ziff. IIa 2. und Nr. 149, S. 1090; Kaufmann, Beamtenrecht, S. 390.

die Interessen des Staates zu wahren, als geboten erscheinen, um Unregelmässigkeiten in der Verwaltung zu verhindern. Der Dienstnehmer muss jedoch zuerst mit allen ihm zur Verfügung stehenden, insbesondere gesetzlichen dienstlichen Mitteln versuchen, gegen die Missstände anzukämpfen.²⁰⁾

d) Die Vereinsfreiheit

Das Beamtengesetz des Bundes enthält eine Bestimmung, welche die Beschränkung des Vereinsrechts der Bundesbeamten regelt. Danach ist es den Beamten untersagt, «einer Vereinigung anzugehören, die den Streik von Beamten vorsieht oder anwendet oder die sonstwie in ihren Zwecken oder in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich ist.»²¹⁾ Im Kanton Aargau fehlt eine solche Bestimmung, doch auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt muss ein stillschweigender angenommen werden.²²⁾ Einmal mehr bildet auch hier die *Treuepflicht* für den Dienstnehmer die Schranke in der Ausübung eines Grundrechts. Der Dienstnehmer verletzt seine Pflicht, alles zu tun, was die Interessen des Staates fördert, und alles zu unterlassen, was sie beeinträchtigt, wenn er in einem Verein aktiv würde, der illegale Mittel anwendet, um seine Ziele zu erreichen.

Die Toleranzgrenze darf jedoch nicht zu eng gezogen werden. Bloss wegen Vereinszugehörigkeit zu einer Gruppe, die in einer heftigen Opposition zu den schweizerischen Bundesratsparteien oder andern etablierten Organisationen steht, darf dem Dienstnehmer kein Nachteil erwachsen. Unzulässig ist jedoch die Zugehörigkeit zu einem Verein, der auf einen gewaltsamen Umsturz hinarbeitet oder den bestehenden Staat zu unterhöhlen versucht. Es darf den Dienstnehmern auch untersagt werden, «Vereinen anzugehören, welche sie an der Erfüllung ihrer allgemeinen Treuepflicht gegenüber dem Staat und an der gewissenhaften Wahrung seiner Interessen, auch ausserhalb des Dienstes, hindern oder doch hindern können.»²³⁾ Die Schranken, die den Dienstnehmern aufgrund der Treuepflicht und des Streikverbotes in der Vereinsfreiheit gezogen werden, sind enger als die von der Bundesverfassung in Art. 56 aufgestellten Einschränkungen.²⁴⁾ Ein Verein kann durchaus noch nicht «rechtswidrig» oder «staatsgefährlich» im Sinne von BV Art. 56 sein, und dennoch kann die Mitgliedschaft eines öffentlichrechtlichen Dienstnehmers in dieser Vereinigung gegen die Treuepflicht verstossen.

²⁰⁾ BGE 94 IV 71; Imboden/Rhinow II, Nr. 149, S. 1090/91; Richner, S. 190.

²¹⁾ BtG Art. 13 Abs. 2.

²²⁾ Richner, S. 261; Meili, S. 47.

²³⁾ BGE 65 I 244/45. Vgl. auch BGE 99 Ib 137 ff.

²⁴⁾ Fleiner/Giacometti, S. 381 N 39.

e) *Das Recht auf politische Betätigung*

In seinem *Recht auf politische Betätigung* ist der Dienstnehmer vor allem durch *Unvereinbarkeitsbestimmungen* eingeschränkt.²⁵⁾ So ist es z. B. den nicht vom Volk gewählten, vom Staat besoldeten Dienstnehmern verwehrt, dem Grossen Rat anzugehören,²⁶⁾ und Verwandte und Verschwägte bis zu einem bestimmten Grade dürfen nicht Mitglieder der gleichen Behörde sein.²⁷⁾ Auch wenn das in Aussicht stehende Amt sich mit den Unvereinbarkeitsbestimmungen verträgt, muss ein Dienstnehmer vor der Annahme der Kandidatur dem vorgesetzten Departement bzw. dem Obergericht melden, dass er für ein öffentliches Amt vorgesehen wurde.²⁸⁾

Unabhängig von allfälligen gesetzlichen Bestimmungen, die dem Dienstnehmer eine bestimmte politische Aktivität verunmöglichen, kann die *allgemeine Treuepflicht* es verbieten, sich in gewissen Vereinigungen zu betätigen. Es gilt das, was schon zur Vereinsfreiheit gesagt wurde. Die Beteiligung an einer oppositionellen, gesellschaftskritischen Bewegung darf dabei noch nicht als ein die notwendige Vertrauenswürdigkeit ausschliessender Grund angesehen werden. Lediglich wenn die politische Haltung die Gefahr mit sich bringt, dass der Dienstnehmer seine dienstliche Position aus politischen Gründen missbrauchen oder wesentliche Dienstpflichten verletzen könnte, kann das Vertrauensverhältnis zwischen Dienstnehmer und Dienstherr dermassen gestört sein, dass sich eine Beendigung des Dienstverhältnisses rechtfertigt.²⁹⁾

f) *Andere Grundrechte*

Die Probleme, die sich aus den Einschränkungen der Grundrechte aufgrund des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses ergeben, spiegeln sich auch in den Pflichten der Dienstnehmer wider. Die Frage der *Niederlassungsfreiheit* wurde unter dem Titel «Wohnsitzpflicht» behandelt,³⁰⁾ und die Grenzen der *Handels- und Gewerbebefreiheit* der Dienstnehmer wurden bei der Behandlung der Arbeitspflicht erörtert.³¹⁾

²⁵⁾ Vgl. vorne S. 24 ff.

²⁶⁾ StV Art. 28 Abs. 3.

²⁷⁾ StV Art. 5.

²⁸⁾ VBD § 15 Abs. 2; Regierungsbeschluss über die Bekleidung öffentlicher Ämter durch Staatsbeamte vom 27. August 1973 § 1.

²⁹⁾ BGE 99 Ib 137 ff.

³⁰⁾ Vgl. vorne S. 44 ff.

³¹⁾ Vgl. S. 40 ff.

2. Das Recht auf Ferien, Urlaub und zusätzliche Freitage

Wie andere unselbständige Berufstätige hat auch der öffentlichrechtliche Dienstnehmer einen gesetzlichen Anspruch auf eine bestimmte Anzahl bezahlter Ruhetage. Der jährliche *Ferienanspruch* ist dabei – von einigen Ausnahmen bei den Angestellten in den staatlichen Anstalten abgesehen – richtigerweise allein vom Alter des Dienstnehmers abhängig; die Anzahl Dienstjahre und die Stellung des Berechtigten haben nach aargauischem Dienstrecht keinen Einfluss auf den Umfang des Ferienanspruches.³²⁾

In der Regel wird eine durch *Krankheit* oder *Unfall* bedingte Arbeitsunfähigkeit nicht auf die Ferien angerechnet, es sei denn, der Arbeitsunterbruch dauere länger als der Anspruch auf Lohnzahlung besteht. Ein die Dauer des ordentlichen Wiederholungskurses übersteigender *Militärdienst* wird zur Hälfte an die Ferien angerechnet; es stehen dem Dienstnehmer jedoch mindestens drei Wochen Ferien zu.³³⁾

Anspruch auf *bezahlten Urlaub* ohne Anrechnung an die Ferien entsteht bei Vorliegen von wichtigen persönlichen Gründen wie Heirat, Teilnahme an einer Hochzeit in der eigenen Familie, Teilnahme an Bestattungen usw.³⁴⁾ Besoldeter Urlaub kann auch qualifizierten Dienstnehmern für das Abfassen von wissenschaftlichen Arbeiten oder zum Zwecke der Weiterbildung unter bestimmten Voraussetzungen bewilligt werden; eventuell kann ein *unbesoldeter Urlaub* gewährt werden, wenn die Voraussetzungen des besoldeten nicht erfüllt sind.³⁵⁾ Der Ferienanspruch wird jedoch bei nicht durch Krankheit oder Unfall bedingtem Urlaub für jeden vollen Monat um ein Zwölftel gekürzt.³⁶⁾

Durch Verordnungen geregelt ist auch der Anspruch auf *zusätzliche Freitage* an den üblichen Feiertagen.³⁷⁾

3. Das Mitspracherecht

Ein *Mitspracherecht* der Beamten wurde bei der Revision des Besoldungsdekrets im Jahre 1971 im Dienstrecht verankert. Damit wurde

³²⁾ BD § 34; VBD § 30; AV § 28.

³³⁾ VBD § 33 Abs. 2 und 3; AV § 31 und 32.

³⁴⁾ VBD § 35; AV § 35.

³⁵⁾ Verordnung über die berufliche Fort- und Weiterbildung der Beamten und Angestellten des Staates (Weiterbildungsverordnung) vom 13. August 1973 § 10, 14 und 19; Verordnung über den Urlaub von Lehrkräften an öffentlichen Schulen (Urlaubsverordnung) vom 12. Mai 1975 § 2 und 12.

³⁶⁾ VBD § 33 Abs. 1; AV § 31.

³⁷⁾ VBD § 34; AV § 34.

sachlich nichts Neues geschaffen, sondern eine bereits bestehende Usanz ausdrücklich festgehalten.³⁸⁾ BD § 16 bestimmt, dass den Beamten und ihren Verbänden das Mitspracherecht in Fragen der Ordnung der allgemeinen Dienstverhältnisse gewährleistet ist und dass vor dem Erlass oder der Abänderung von dienstrechtlichen Vorschriften die zuständigen Personalverbände anzuhören sind.³⁹⁾ Bei der Beratung dieses Paragraphen im Grossen Rat machte der Referent darauf aufmerksam, dass dieses *Mitspracherecht* als solches anzusehen sei und keinesfalls als *Mitbestimmungsrecht*.⁴⁰⁾

Von Mitbestimmung wird im Randtitel zu § 11 des Dienstreglementes der Kantonspolizei gesprochen. Hinter dem vielversprechenden Titel Mitbestimmung verbirgt sich aber lediglich das Recht, sich für die Dienstverwendung im Aussendienst oder in der Verkehrspolizei zu entscheiden. Über Versetzungen, Zuteilung zu bestimmten Posten-Kategorien, Verwendung in Spezialdiensten usw. hat auch der Polizeibeamte lediglich ein Mitspracherecht.⁴¹⁾

Ein Mittel der Mitsprache stellt auch die zur Begutachtung von Personalfragen geschaffene *Personalkommission* dar. Auf ihre Zusammensetzung und ihre Aufgaben wird weiter hinten eingegangen.⁴²⁾

4. Schutzrechte

Damit der Dienstnehmer seine wichtigste Aufgabe – die Ausübung hoheitlicher Tätigkeit – effizient und ohne Schwierigkeiten erfüllen kann, steht er unter einem gewissen Schutz des Strafgesetzbuches. So macht sich strafbar, wer eine Behörde oder einen Beamten an einer Amtshandlung hindert, sei es gewaltlos⁴³⁾ oder durch Gewalt oder Drohung.⁴⁴⁾ Die Nötigung zu einer Amtshandlung oder der tätliche Angriff während einer solchen fällt ebenfalls unter diese Strafbestimmungen.

Hilfe bei der Verrichtung hoheitlicher Tätigkeit bieten dem Beamten ferner die Tatbestände des *strafbaren Ungehorsams*. Strafbar macht sich dabei jedermann, der einer unter Hinweis auf die Strafdrohung von

³⁸⁾ Botschaft des Regierungsrates zur Besoldungsrevision für das Staatspersonal und die Lehrerschaft vom 2. Oktober 1971, S. 14.

³⁹⁾ Analoge Bestimmungen bestehen für die Lehrer, LBD § 8, und die Polizeibeamten, DR Kantonspolizei § 13.

⁴⁰⁾ Verhandlungen des Aargauischen Grossen Rates 1969–73, Art. 1576, S. 1824.

⁴¹⁾ DR Kantonspolizei § 12.

⁴²⁾ Vgl. S. 120.

⁴³⁾ StGB Art. 286.

⁴⁴⁾ StGB Art. 285.

StGB Art. 292 an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet. Es muss sich dann aber um einen «konkreten Entscheid einer Behörde in einem besonderen Fall gegenüber bestimmten Personen» handeln.⁴⁵⁾

Weder das eidgenössische noch das aargauische Recht kennt einen speziellen Tatbestand der Beamtenbeleidigung. Das aargauische Strafprozessrecht gewährt den Beamten⁴⁶⁾ jedoch einen gewissen Schutz in solchen Fällen, indem es das Verfahren erleichtert. Auch wenn ein Beamter seine Dienstpflicht richtig und getreu erfüllt, zieht er unter Umständen den Unwillen seiner Mitbürger auf sich, weil er oft gezwungen ist, amtliche Anordnungen zu treffen, die nicht immer auf Verständnis stossen. Dadurch ist er in erhöhtem Masse der Gefahr einer *Ehrverletzung* ausgesetzt. Die Strafprozessordnung schützt den Beamten dadurch, dass sie ihm erspart, in einem Privatstrafverfahren gegen seinen Widersacher vorgehen zu müssen. Während normalerweise bei Ehrverletzungen der Verletzte als Privatstrafläger selbst für eine umfassende Beweisführung sorgen muss und für das Beweis- und Gerichtsverfahren Kostenvorschüsse zu leisten hat, kann sich der verletzte Beamte damit begnügen, Strafantrag zu stellen. Wurde die Ehrverletzung während der Ausübung des Amtes begangen oder bezog sie sich auf eine Amtshandlung, wird statt des Privatstrafverfahrens das *ordentliche Verfahren* angewendet,⁴⁷⁾ das von Amtes wegen und ohne weitere Bemühungen von seiten des Beamten seinen Lauf nimmt.

Die Beamten der Kantonspolizei geniessen ebenfalls einen besonderen Rechtsschutz: Werden gegen sie Strafklagen im Zusammenhang mit ihrer dienstlichen Tätigkeit eingereicht, kann der Vorsteher des Departements des Innern die Übernahme der *Anwaltskosten* durch den Staat verfügen.⁴⁸⁾

Unter einem prozessrechtlichen Schutz stehen oft auch die obersten Vollziehungs- und Gerichtsbehörden. So bestimmt das aargauische Verantwortlichkeitsgesetz, dass es zur Klageerhebung bei vermögensrechtlichen Klagen gegenüber Mitgliedern des Regierungsrates oder des Obergerichts eines Beschlusses des Grossen Rates bedarf.⁴⁹⁾ Beschwerden gegen das Obergericht oder dessen Mitglieder wegen Amtspflichtverletzungen oder Kriminalklagen gegen Oberrichter bezüglich ihrer amtlichen Verrichtungen sind beim Grossen Rat einzugeben und werden von diesem geprüft.⁵⁰⁾

⁴⁵⁾ Stratenwerth, S. 589; Heinrich Andreas Müller, S. 75 ff.; BGE 78 I 307.

⁴⁶⁾ Beamte im Sinne von StGB Art. 110 Ziff. 4; vgl. StPO § 181 Abs. 2.

⁴⁷⁾ StPO § 181 Abs. 2.

⁴⁸⁾ DR Kantonspolizei § 25 Abs. 1.

⁴⁹⁾ VG § 1 Abs. 2.

⁵⁰⁾ OGrOG § 56–59 in Verbindung mit StGB Art. 366 Abs. 2 lit. b; vgl. S. 68.

5. Das Beschwerderecht

Durch einen Dienstbefehl oder das gesamte Verhalten seiner Vorgesetzten und Mitarbeiter kann ein Dienstnehmer in seiner Ehre oder seinen Persönlichkeitsrechten verletzt werden. Ein modernes Dienstrecht sieht deshalb ein *Recht auf Dienstbeschwerde* vor, das dem Betroffenen einen Anspruch auf einen Entscheid garantiert, wenn er sich in der beschriebenen Weise verletzt fühlt und Beschwerde erhebt.⁵¹⁾ Ein solches Recht auf eine Dienstbeschwerde trägt auch dazu bei, dass der Gehorsamspflicht des Dienstnehmers gewisse Grenzen gesteckt werden. Er braucht trotz der hierarchischen Ordnung in der Verwaltung nicht alles hinzunehmen, was von ihm verlangt wird.

Im aargauischen Dienstrecht ist die *Personalkommission* als Beschwerdeinstanz vorgesehen; sie kann nötigenfalls Erhebungen und Besprechungen durchführen und ein Gutachten erstellen.⁵²⁾ Das Verfahren vor der Personalkommission ist jedoch kaum geeignet, ein gestörtes Vertrauensverhältnis zwischen dem Dienstnehmer und seinen Vorgesetzten zu verbessern, und es ist eigentlich auch nicht für diese Art von Beschwerden vorgesehen. Besser ist in dieser Beziehung das für die Polizeibeamten der Kantonspolizei geschaffene Beschwerderecht. Ihnen wird nicht nur ein *Recht* auf Dienstbeschwerde eingeräumt, sondern die *Pflicht* auferlegt, sich mit einer Dienstbeschwerde zu wehren, wenn sie sich in ihrer Ehre oder in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt fühlen.⁵³⁾ Nach einer erfolglosen Unterredung mit dem Vorgesetzten kann der Verletzte beim Kommandanten bzw. beim Vorsteher des Departementes des Innern eine Dienstbeschwerde einreichen. Ist der Polizeibeamte vom Entscheid nicht befriedigt, kann er ihn nach den Vorschriften über das Disziplinarverfahren weiterziehen.⁵⁴⁾ Eine analoge und ebenso ausführliche Verfahrensregelung, wie sie das Dienstreglement der Kantonspolizei vorsieht, wäre auch für die übrigen Dienstnehmer wünschenswert.

⁵¹⁾ Für ein institutionalisiertes Beschwerderecht treten ein Jud, S. 151 ff.; Strub, S. 124; Meyer, S. 58. A. M. Köhl, S. 89.

⁵²⁾ VBD § 16 Abs. 1; Reglement der Personalkommission § 4 und 5; vgl. hinten S. 120.

⁵³⁾ DR Kantonspolizei § 21.

⁵⁴⁾ DR Kantonspolizei § 22–24.

B. Die Vermögensrechte

1. Allgemeines

Durch die Begründung eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses entstehen *finanzielle Ansprüche* des Dienstnehmers gegenüber dem Dienstherrn. Einerseits bilden diese die *Gegenleistung* für die von ihm dem Staat geleisteten Dienste, andererseits kommt der Dienstnehmer durch *Sozialzulagen* (Familien- und Kinderzulagen) auch in den Genuss von Vermögensvorteilen, die von seinen Leistungen unabhängig sind. Bei den Sozialzulagen wird nicht auf die dem Dienstherrn erbrachten Dienste abgestellt, sondern es wird den Bedürfnissen des Dienstnehmers und seiner Familie entsprechend den persönlichen Verhältnissen Rechnung getragen. Ausserdem sorgt der Staat für seine durch Alter, Invalidität oder Unfall erwerbslos gewordenen Dienstnehmer mit *Renten* oder einmaligen *Abfindungen*. Im Todesfall erbringt der Staat Leistungen an die Hinterbliebenen in Form des sogenannten *Besoldungsnachgenusses* und durch *Witwen-, Witwer- und Waisenrenten*.

Früher wurden die aus dem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis entstehenden Vermögensansprüche als privatrechtliche Ansprüche betrachtet. Mit Hilfe der sogenannten Fiskustheorie, nach der alle vermögensrechtlichen Angelegenheiten zwischen den Rechtsunterworfenen und dem Staat dem Privatrecht angehören, rechtfertigte man die aus praktischen Gründen erfolgte Unterstellung unter das Privatrecht. Ausschlaggebend war aber damals der fehlende Rechtsschutz, das Fehlen einer umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁵⁵⁾ Heute ist die *öffentlichrechtliche* Natur der dem Dienstnehmer zustehenden Vermögensansprüche anerkannt und deren Geltendmachung im Aargau durch das Verwaltungsrechtspflegegesetz geregelt.⁵⁶⁾

Wie die Frage der Rechtsnatur des Besoldungsanspruches, wurde auch das Problem der *Abänderbarkeit* der die Vermögensansprüche der Dienstnehmer regelnden Erlasse im Laufe der Jahre von Doktrin und Rechtsprechung verschieden behandelt. Es geht dabei um die sogenannten *wohlerworbenen Vermögensrechte* der Dienstnehmer, d. h. um die Frage, ob die durch Gesetze, Dekrete oder Verordnungen festgesetzten Besoldungen und Pensionen durch den Gesetzgeber während der Amtsdauer zuungunsten der Beamten abgeändert werden dürfen oder

⁵⁵⁾ Giacometti, Grenzziehung, S. 14 ff.; vgl. Holenstein, S. 152/53; Nievergelt, S. 71.

⁵⁶⁾ VRPG § 60 Ziff. 3.

ob deren Ansprüche als wohlerworbene Rechte den Schutz der Eigentumsgarantie geniessen. Früher vertrat die Lehre mehrheitlich die Ansicht, der Besoldungsanspruch des Beamten werde nicht durch das entsprechende Gesetz begründet, sondern durch den Anstellungsakt. Wie bei privaten Verträgen habe der Beamte die Zustimmung zur Begründung des Dienstverhältnisses nur unter den bei der Anstellung vom Dienstherrn abgegebenen Zusicherungen gegeben, und deshalb müsse gehalten werden, was versprochen wurde.⁵⁷⁾ Diesen Überlegungen folgte das Bundesgericht und erklärte die Besoldungsansprüche der Beamten und die in der Pensionsverfügung festgelegte Höhe der Rente als grundsätzlich unabänderlich.⁵⁸⁾ Nach dieser Auffassung sind Änderungen der Beamtenbesoldungen während der Amtsdauer und Herabsetzungen der Altersrenten nur zulässig, wenn sie in einem Rechtssatz vorbehalten worden sind oder wenn der Beamte bei der Anstellung seine Zustimmung zu einem solchen Vorbehalt wie bei einem privatrechtlichen Vertrag abgegeben hat.⁵⁹⁾

Im Jahre 1941 änderte das Bundesgericht seine Praxis grundlegend.⁶⁰⁾ Es bestimmte, dass die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten aus dem Dienstverhältnis zwar auch als öffentlichrechtliche Ansprüche den Charakter wohlerworbener Rechte haben können und der verfassungsrechtliche Schutz gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt in individuelle Vermögensrechte nicht auf das Privatrecht beschränkt sei, dass aber das Dienstverhältnis der Beamten in der Regel durch die jeweilige Gesetzgebung beherrscht werde. Nur wenn das Gesetz *ausdrücklich* die Höhe finanzieller Ansprüche aus dem Dienstverhältnis, bzw. Rentenansprüche, für unabänderlich erklärt habe oder bestimmte *Zusicherungen* individuell abgegeben worden seien, könne die Eigentumsgarantie angerufen werden.⁶¹⁾

Wenn sich heute auch der Beamte in der Regel nicht auf seine wohl-erworbenen Rechte berufen kann, so hat das Bundesgericht daneben aber andere Grundsätze aufgestellt, die ihn in gewissem Umfange vor finanzieller Schlechterstellung schützen. Durch das *Willkürverbot* von Art. 4 BV wird der Beamte davor geschützt, dass seine Besoldungs- und

⁵⁷⁾ Burckhardt, Wohlerworbene Rechte, S. 70 f.

⁵⁸⁾ BGE 63 I 35 ff.; vgl. auch AGVE 1948 S. 302, wo festgestellt wurde, dass die wohlerworbenen Rechte der Beamten auch kantonalen Gesetzen vorgingen und deshalb kein Zweifel darüber bestehen könne, dass die von der Gemeindeversammlung beschlossene Besoldungskürzung der Lehrer nicht durchgesetzt werden könne.

⁵⁹⁾ Fleiner/Giacometti, S. 663/64; Im Hof, S. 279a ff. und 374a.

⁶⁰⁾ BGE 67 I 177 ff.

⁶¹⁾ BGE 70 I 10 ff. = Imboden/Rhinow II, Nr. 122, S. 849 ff.

Pensionsansprüche willkürlich abgeändert, nachträglich entzogen oder im Wert herabgesetzt werden und dass Eingriffe ohne besondere Rechtfertigung einseitig zu Lasten einzelner Berechtigter oder bestimmter Gruppen erfolgen.⁶²⁾ Das Bundesgericht kann auch wegen Verletzung von Art. 4 BV eingreifen, wenn bei einer allgemeinen Besoldungsrevision die Einreihung einer Stelle im Hinblick auf die die Besoldung regelnden Gesetzesbestimmungen oder die Bewertung vergleichbarer Stellen offensichtlich nicht vertretbar ist.⁶³⁾ Wenn der Gesetzgeber aber seine Regelung für gänzlich oder auf eine bestimmte Zeit für unabänderlich erklärt oder dem Beamten eine Zusicherung in dieser Hinsicht abgegeben hat und diese Versprechungen bricht, betrachtet man das heute vor allem als Verstoß gegen den Grundsatz von *Treu und Glauben*.⁶⁴⁾ Auch die Eigentumsgarantie gewährleistet das Eigentum nur mit dem Inhalt, den es nach Massgabe der geltenden Rechtsordnung hat, und vermag deshalb die gesetzlichen Änderungen des Inhalts der von ihr geschützten Rechte nicht zu verhindern.⁶⁵⁾

Die vom Bundesgericht vertretene Auffassung, dass die finanziellen Ansprüche der Beamten der jeweiligen Gesetzgebung folgen und nicht während der ganzen Amtsdauer unabänderlich bleiben müssen, ist auch ein Erfordernis der Gerechtigkeit. Im Falle einer ernsten Wirtschaftskrise würde es vom Volk sicher nicht verstanden, wenn die Beamten ausser dem relativ sicheren Arbeitsplatz auch noch die Garantie einer nicht kürzbaren Besoldung für sich beanspruchen könnten, während andern Arbeitnehmern Entlassungen drohten und die noch Beschäftigten sich mit Kurzarbeit und Lohnkürzungen abfinden müssten. Eine generelle Besoldungsreduktion für alle Dienstnehmer liegt in solchen Fällen im öffentlichen Interesse, weil dadurch die Personalkosten des Staates den verminderten Einnahmen angepasst werden können.⁶⁶⁾

An der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde allerdings von verschiedener Seite Kritik geübt. Hans Huber vertritt die Ansicht, es müssten grosse Bedenken dagegen angemeldet werden, den Schutz wohlervorbener Rechte durch das Prinzip von *Treu und Glauben* ersetzen zu wollen. Das Prinzip von *Treu und Glauben* sei zu *farb- und konturlos* und im Gegensatz zur Eigentumsgarantie auch *kein ver-*

⁶²⁾ BGE 101 Ia 446 mit Hinweisen; 100 Ia 328. Einen Fall einer willkürlichen Besoldungskürzung zu Lasten einer bestimmten Gruppe schildert ZBl. 1977 S. 267 ff. Eine Rückversetzung in den Jahresstufen ohne gesetzliche Grundlage ist willkürlich; BGE 98 Ia 185.

⁶³⁾ BGE 100 Ia 311/12; ZBl. 1972 S. 323 ff.

⁶⁴⁾ BGE 101 Ia 446; Grisel, S. 256.

⁶⁵⁾ BGE 101 Ia 447/48.

⁶⁶⁾ Vgl. Jud, S. 143/44; Meili, S. 61.

fassungsrechtliches Grundrecht.⁶⁷⁾ Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Baselland schloss sich in einem neueren Entscheid dieser Argumentation an und erklärte, die Besoldungsansprüche von zwei in einem beamtenähnlichen Anstellungsverhältnis stehenden Volontären seien wohlherworben.⁶⁸⁾

2. Der Besoldungsanspruch

Der Anspruch des Dienstnehmers auf *Besoldung* ist wohl das ihm selbst wichtigste Recht und dessen Höhe das politisch umstrittenste Beamtenrecht. Die in den Anfängen des Kantons Aargau geschaffenen dienstrechtlichen Erlasse enthalten fast ausschliesslich Bestimmungen über die Höhe der Besoldungen und Zulagen usw., während allgemeine Bestimmungen über das Dienstverhältnis erst allmählich in die betreffenden Regelungen aufgenommen wurden.⁶⁹⁾ Besoldungserhöhungen, Ämterumbenennungen oder Funktionsumschreibungen und die damit verbundenen finanziellen Folgen für den Staat gaben immer Anlass zu heftigen Debatten im Grossen Rat.

Wie andere Dienstrechte kennt auch das aargauische eine Skala von festen *Besoldungsklassen*, in die die Dienstnehmer bei der Begründung des Dienstverhältnisses eingeteilt werden und die sie dann in einem bestimmten, gesetzlich festgelegten Rhythmus durchlaufen. Das aargauische Besoldungsdekret sieht 25 Besoldungsklassen vor (1 die höchste, 25 die unterste), dazu zwei Überklassen, die mit I und II bezeichnet werden.⁷⁰⁾ Die Besoldungen aller Beamten im engeren Sinn werden vom Regierungsrat aufgrund einer Funktionsbeschreibung⁷¹⁾ im Rahmen der im Besoldungsdekret fixierten Besoldungsklassen festgelegt.⁷²⁾ Für Lehrer, Hilfslehrer, Polizeibeamte, Angestellte, Regiearbeiter, Forst- und Rechtspraktikanten usw. bestehen spezielle Besoldungsdekrete bzw. -verordnungen, die z. T. vom Besoldungsdekret abweichende Regelungen vorsehen.

In der Regel bezieht der Dienstnehmer als Anfangsbesoldung das Minimum der Besoldungsklasse, in die er eingeteilt wurde. Wenn der

⁶⁷⁾ Huber, S. 43.

⁶⁸⁾ BJM 1978 S. 40 ff.

⁶⁹⁾ Vgl. auch die Bezeichnung des wichtigsten dienstrechtlichen Erlasses im Kanton Aargau als «Besoldungsdekret». Von den 42 Paragraphen des Besoldungsdekrets regeln lediglich 17 allgemeine dienstrechtliche Fragen; die restlichen Paragraphen betreffen alle die Besoldung, Ferien, Versicherungen usw.

⁷⁰⁾ BD § 19 Abs. 1.

⁷¹⁾ BD § 8 Abs. 1.

⁷²⁾ BD § 19 Abs. 1.

Dienstnehmer das 20. Altersjahr noch nicht erreicht hat, kann auch darunter, bei vorzüglichen Leistungen in der bisherigen Stellung oder besonderen Fähigkeiten darüber gegangen werden.⁷³⁾ Jährlich wird dann die Besoldung um ein Achtel der Differenz zwischen Minimum und Maximum der betreffenden Besoldungsklasse erhöht, so dass der Dienstnehmer – falls er zu Beginn des Dienstverhältnisses in die unterste Stufe eingereiht wurde – nach acht Jahren das Maximum erreicht hat. Diese im aargauischen Dienstrecht *ordentliche Dienstalterszulagen* genannten periodischen Besoldungserhöhungen können bei Vernachlässigung der Pflichten sistiert werden.⁷⁴⁾ Der dem öffentlichrechtlichen Dienstnehmer bei zufriedenstellender Leistung garantierte Anspruch auf jährliche Besoldungserhöhungen ist unter den Vermögensrechten der charakteristische Unterschied gegenüber den Beschäftigten in der Privatindustrie.

Im Anhang zum Besoldungsdekret werden die einzelnen Funktionen wie Verwaltungsbeamter, Adjunkt, Bezirksgerichtspräsident usw. bestimmten Besoldungsklassen zugeordnet. Jede Funktion erscheint dabei in mindestens drei Besoldungsklassen. Anhand von internen Richtlinien und mit Hilfe eines Qualifikationssystems reiht der Regierungsrat bzw. die Wahlbehörde die Dienstnehmer in eine für ihre Funktion vorgesehene Besoldungsklasse ein. Hat ein Beamter alle Stufen einer Besoldungsklasse durchlaufen und das Maximum erreicht, kann er in die nächsthöhere Klasse befördert werden. Damit will man bei befriedigenden Leistungen den Erfahrungsanstieg entgelten. In eine dritte Klasse wird der Beamte aber nur bei überdurchschnittlichen Leistungen aufsteigen können; die dritte Besoldungsklasse soll eine Art *Leistungsklasse* darstellen. Auf diese Weise wollte man auch in der öffentlichen Verwaltung einen Schritt in Richtung leistungsgerechter Entlohnung tun.⁷⁵⁾

Während einer gewissen Zeit hat der Dienstnehmer Anspruch auf seine volle Besoldung auch dann, wenn er seinen Dienst wegen *Krankheit*, *Unfall* oder *Militärdienst* nicht versehen kann. Das Besoldungsdekret sieht für die Beamten folgende Regelung vor: Die volle Besoldung wird während sechs Monaten ausbezahlt, wenn ein Beamter durch Krankheit oder Unfall vorübergehend arbeitsunfähig wird und er diese Arbeitsunfähigkeit nicht absichtlich oder grobfahrlässig verschuldet hat. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als ein halbes Jahr, ist die Besoldung durch das zuständige Departement im Einvernehmen mit der Fi-

⁷³⁾ BD § 29; AV § 16.

⁷⁴⁾ BD § 30; AV § 17.

⁷⁵⁾ Botschaft des Regierungsrates zur Besoldungsrevision für das Staatspersonal und die Lehrerschaft vom 2. Oktober 1971, S. 8.

nanzverwaltung zu regeln, und der Beamte kann in den Ruhestand versetzt werden.⁷⁶⁾ Anstelle des Besoldungsanspruches wird in solchen Fällen ein Anspruch auf Invalidenrente treten. Bei obligatorischem Militärdienst wird dem Beamten die volle Besoldung ausgerichtet, solange die Dienstleistungen nicht die Dauer einer Rekrutenschule und eines Wiederholungskurses übersteigen. Während der Rekrutenschule wird jedoch nur das halbe und für freiwilligen Militärdienst gar kein Gehalt ausbezahlt.⁷⁷⁾

Auch beim *Tod* eines Dienstnehmers besteht der Besoldungsanspruch noch für eine bestimmte Zeit zugunsten der Hinterbliebenen fort. Hinterlässt der Beamte eine Witwe, wird die Besoldung noch für sechs Monate an sie ausbezahlt; andernfalls kommt der Anspruch den Verwandten des Beamten zu, die von ihm regelmässig unterstützt wurden.⁷⁸⁾ Diese Fürsorgeleistung wird auch *Sterbesemester* genannt. Die Witwe eines Angestellten bzw. dessen Verwandte haben Anspruch auf einen Monat Besoldungsnachgenuss für jedes im aargauischen Staatsdienst vollendete Dienstjahr, höchstens jedoch für sechs Monate.⁷⁹⁾ Da die Verordnungen, die die Dienstverhältnisse der Regiearbeiter und Abwarte regeln, keine eigenen Bestimmungen über den Besoldungsnachgenuss aufstellen, gilt für sie die Regelung des Besoldungsdekrets. Dies hat zur Folge, dass diese Personalkategorien in dieser Beziehung besser gestellt sind als die Angestellten.

Die Besoldungsansprüche, die der Kanton Aargau seinen öffentlich-rechtlichen Dienstnehmern bei Krankheit und Unfall gewährt, gehen zwar meistens bedeutend weiter als die Leistungen, die die Privatindustrie in diesen Fällen garantiert; ein Vergleich mit dem Recht des Bundespersonals zeigt aber, dass der Bund hier eine noch grosszügigere Lösung getroffen hat. Seine Beamten und Angestellten haben bei Krankheit und Unfall Anspruch auf ihre volle Besoldung während eines ganzen Jahres, und erst dann wird sie um die Hälfte gekürzt. Bei Betriebsunfall oder einer diesem gleichzusetzenden Berufskrankheit wird die Besoldung sogar noch nach einem Jahr ungekürzt weiter bezahlt.⁸⁰⁾

Entstehen über Höhe oder Bestand von Vermögensleistungen zwischen Dienstherr und Dienstnehmer Streitigkeiten, ist der Anspruch wie bereits erwähnt auf dem Wege der *verwaltungsgerichtlichen Klage* geltend zu machen.⁸¹⁾ Das Verwaltungsgericht übt in diesem Falle

⁷⁶⁾ BD § 37.

⁷⁷⁾ BD § 36.

⁷⁸⁾ BD § 39.

⁷⁹⁾ AV § 43.

⁸⁰⁾ BO 1 Art. 55; BO 2 Art. 50; BO 3 Art. 77; AO Art. 62.

⁸¹⁾ VRPG § 60 Ziff. 3; AGVE 1974 S. 159.

ursprüngliche Verwaltungsgerichtsbarkeit aus; es urteilt als einzige Instanz, ohne dass vorher bereits ein verbindlicher Entscheid ergangen ist.⁸²⁾ Wenn es der Dienstnehmer vorzieht, seinen Anspruch vom Bundesgericht beurteilen zu lassen und der Streitwert 8000 Franken übersteigt, kann er den Fall direkt dem Bundesgericht unterbreiten. Als Rechtsgrundlage dient dabei OG Art. 42. Für den in diesem Artikel verwendeten Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit gilt dabei nicht die heute herrschende Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht, sondern der historische, weitere Sinn, der bei Erlass der massgeblichen Verfassungsvorschrift (Art. 101 der BV von 1848; Art. 110 der BV von 1874) galt.⁸³⁾ Der Dienstnehmer muss sich jedoch entscheiden, ob er beim kantonalen Verwaltungsgericht oder beim Bundesgericht klagen will. Hat eine zuständige kantonale Instanz über den Anspruch bereits entschieden oder ist im kantonalen Verfahren die Rechtshängigkeit eingetreten, tritt das Bundesgericht nicht mehr auf den Fall ein.⁸⁴⁾

3. Der Anspruch auf Zulagen und Entschädigungen

Neben der Grundbesoldung erhält der Dienstnehmer verschiedene Zulagen und Entschädigungen, die nach unterschiedlichen Gesichtspunkten vorgesehen wurden. Mit Hilfe der Teuerungszulage soll das Gehalt den steigenden Lebenshaltungskosten angepasst werden; andere Zulagen dienen der Gewinnung oder Erhaltung von Mitarbeitern, an denen der Staat in aussergewöhnlich hohem Mass interessiert ist, oder es sollen damit besonders anspruchsvolle oder unangenehme Dienstleistungen wie Überzeit, Nacharbeit usw. angemessen entlohnt werden. Die sogenannten Sozialzulagen sollen die den Dienstnehmern mit Familie entstehenden Mehrkosten mindestens zum Teil ausgleichen, und durch Entschädigungen für Auslagen wie Reise- und Verpflegungskosten kann der Dienstnehmer die im Zusammenhang mit seinem Amt entstandenen Spesen dem Staat verrechnen.

Die im Besoldungsdekret starr fixierten Besoldungsklassen basieren seit einer auf den 1. Januar 1979 in Kraft getretenen Änderung auf einem Indexstand von 100 Punkten des neuen Konsumentenpreisindex des BIGA vom Jahre 1977.⁸⁵⁾ Durch *Teuerungszulagen* werden die

⁸²⁾ Über das Verhältnis zwischen verwaltungsgerichtlicher Klage und Verwaltungsgerichtsbeschwerde vgl. Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 473 und 496; Jud, S. 292 ff.

⁸³⁾ BGE 75 II 249/50; Birchmeier, S. 66.

⁸⁴⁾ Birchmeier, S. 70.

⁸⁵⁾ BD § 19 Abs. 2.

Besoldungen der Dienstnehmer der Entwicklung der Lebenshaltungskosten angepasst. Seit Erlass des heute gültigen Besoldungsdekrets im Jahre 1971 liegt die Kompetenz zur Festlegung der Teuerungszulagen beim Regierungsrat. In der Botschaft zum Besoldungsdekret bezeichnete der Regierungsrat die Bestimmung der Höhe dieser Zulagen noch als reines Routinegeschäft, da sich aufgrund des Indexes der Konsumentenpreise exakt berechnen lasse, wie hoch die Teuerungszulagen festzusetzen seien.⁸⁶⁾ Im Verlaufe der im Jahre 1974 spürbar werdenden Rezession und infolge der damit zusammenhängenden Sparmassnahmen zur Ausgleichung des Staatshaushaltes wurde die Regelung der Teuerungszulagen mehr und mehr umstritten, und der Regierungsrat hat heute nur noch offiziell die Kompetenz zur Festlegung des Teuerungsausgleichs, praktisch liegt die Verantwortung beim Grossen Rat, da dieser den Kredit beschliesst.

Der Regierungsrat kann in bestimmten Fällen durch *Leistungszulagen* von den fixen Klassenansätzen abweichen. Zur Gewinnung, Erhaltung oder Auszeichnung von qualifizierten Mitarbeitern oder bei Übertragung qualifizierter Arbeit und bei besonders grosser Arbeitslast von Bezirksamtmännern und Bezirksgerichtspräsidenten kann er Zulagen bzw. ausserordentliche Dienstalterszulagen gewähren.⁸⁷⁾

Der Belohnung langjähriger Treue eines Dienstnehmers dienen die nach einer bestimmten Anzahl Dienstjahre ausgerichteten *Treueprämien* und *Dienstaltersgeschenke*.⁸⁸⁾ Besondere *Entschädigungen* werden geleistet bei Überzeit, Pikettdienst,⁸⁹⁾ Benützung eines Privatautomobils für Dienstfahrten⁹⁰⁾ und als Entgelt für andere, dem Dienstnehmer auf Reisen entstandene Spesen.⁹¹⁾

⁸⁶⁾ Botschaft des Regierungsrates zur Besoldungsrevision für das Staatspersonal und die Lehrerschaft vom 2. Oktober 1971, S. 14.

⁸⁷⁾ BD § 21 und 31.

⁸⁸⁾ BD § 26 und 27; AV § 21 und 22.

⁸⁹⁾ VBD § 14; Personalverordnung Regiebetriebe § 11 Ziff. 1; Verordnung über die Abgeltung des Pikettdienstes und der Inkonvenienzen für Strassenmeister sowie ständige Arbeiter und Hilfsarbeiter der Abteilung Tiefbau des Baudepartementes vom 5. März 1973; Regierungsbeschluss über die Abgeltung von Nacht-, Samstags- und Sonntagsdienst in staatlichen Anstalten vom 18. Dezember 1972; Verordnung über die Abgeltung des Pikett- und Bereitschaftsdienstes im Kantonsspital Aarau und in der Psychiatrischen Klinik Königsfelden vom 18. Dezember 1972.

⁹⁰⁾ Verordnung über die Entschädigung von Funktionären des Staates für die Benützung von Privatautomobilen und Privatmotorrädern zu Dienstfahrten (Autoverordnung) vom 18. Dezember 1972.

⁹¹⁾ Dekret über die Festsetzung der Sitzungsgelder, Taggelder und Reiseentschädigungen vom 20. März 1923; Vollziehungsverordnung zum Dekret über die Festsetzung der Sitzungsgelder, Taggelder und Reiseentschädigungen (Entschädigungsverordnung) vom 26. März 1971.

Aus ganz andern Gründen als die oben erwähnten Zulagen und Entschädigungen wurden die *Sozialzulagen* geschaffen. Sie sind unabhängig von der Art der Tätigkeit, die der Dienstnehmer ausübt und bilden ein soziales Element unter den sonst nur wegen besonderer Leistungen oder als Kostenersatz gewährten Zulagen. Nicht der wirtschaftliche Wert der vom Dienstnehmer ausgeführten Arbeit ist für deren Höhe massgebend, sondern die persönlichen Verhältnisse, der Zivilstand und die Zahl der Kinder, für die der Berechtigte zu sorgen hat.⁹²⁾

4. Leistungen der Kantonalen Unfallversicherungskasse und der Aargauischen Beamtenpensionskasse

Nach einer bestimmten, von der Personalkategorie und dem Dienstalter abhängigen Zeit endet der Anspruch des arbeitsunfähigen Dienstnehmers auf Besoldung. Bei Auflösung des Dienstverhältnisses erlischt der Besoldungsanspruch, sofern nicht durch Tod des Dienstnehmers noch ein Besoldungsnachgenuss gewährt wird. Anstelle der Vermögensansprüche gegen den Staat entstehen jetzt unter Umständen Ansprüche gegen die kantonalen Fürsorgeeinrichtungen – die Kantonale Unfallversicherungskasse und die Aargauische Beamtenpensionskasse. Das besondere Treueverhältnis zwischen Dienstnehmer und Dienstherr kommt auch durch jene Massnahmen zum Ausdruck, die der Staat zum Schutze seiner Dienstnehmer aufgebaut hat. Er will ihnen selbst dann ein Auskommen ermöglichen, wenn sie an der Ausübung ihrer Pflichten durch Unfall, Krankheit oder Invalidität verhindert sind oder infolge unverschuldeter Auflösung des Dienstverhältnisses ihre Stelle verlieren.

Gegen die wirtschaftlichen Folgen eines *Unfalls* haben sich alle vollamtlichen Dienstnehmer des Kantons bei der *Kantonalen Unfallversicherungskasse* zu versichern.⁹³⁾ Die Unfallversicherungskasse ist eine selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts, deren Verwaltung und Vertretung nach aussen durch das Aargauische Versicherungsamt geschieht.⁹⁴⁾ Ausgenommen von der Versicherungspflicht sind die obligatorisch bei der SUVA versicherten Dienstnehmer, wie z. B. Angestellte der Staatsforstverwaltungen und der Abteilungen Wasser- und Tiefbau des Baudepartements und die durch spezielle Policen bei

⁹²⁾ Grossratsbeschluss über Familienzulagen an das Staatspersonal und die Lehrerschaft vom 21. November 1967; Dekret über Kinderzulagen an das Staatspersonal und die Lehrerschaft vom 4. Dezember 1974.

⁹³⁾ Dekret über die Unfallversicherungskasse des Staatspersonals vom 5. Januar 1928 § 3; BD § 38 Abs. 1; LBD § 37 Abs. 2; AV § 41 Abs. 1.

⁹⁴⁾ Dekret über die Unfallversicherungskasse des Staatspersonals § 1 Abs. 3; § 5 Abs. 1.

der Unfallversicherungskasse kollektiv versicherten Beamten und Angestellten des kantonalen Polizeikorps, der Kantonalbank, der Ausgleichskasse usw.⁹⁵⁾

Die Versicherung bei der Unfallversicherungskasse erstreckt sich auf Betriebs- und Nichtbetriebsunfälle und deckt die dadurch entstandenen Heilungskosten. Weiter werden Taggelder gewährt und im Todesfall oder bei Invalidität Entschädigungen ausbezahlt.⁹⁶⁾ Die Prämie für die Versicherung gegen Betriebsunfälle trägt der Staat, diejenige für Nichtbetriebsunfälle muss der Dienstnehmer selbst übernehmen.⁹⁷⁾ Über Streitigkeiten zwischen Versicherten und der Kasse urteilt das Aargauische Versicherungsgericht.⁹⁸⁾

Für Dienstnehmer mit besonders grossem *Berufsrisiko* beschloss der Grosse Rat 1968 ein Dekret über deren finanzielle Sicherung. Danach übernimmt der Staat die finanziellen Folgen bei einem Unfallereignis, das mit einem ausserordentlichen Berufsrisiko zusammenhängt.⁹⁹⁾ Man dachte dabei in erster Linie an die Beamten der Kantonspolizei und an die Gefahren, denen die Wärter in Straf- und Irrenanstalten, gewisse Organe des Unterhaltsdienstes und Medizinalpersonen beim Seuchendienstesatz ausgesetzt sind.¹⁰⁰⁾

Die rechtliche Stellung der Altersfürsorgeeinrichtungen der aargauischen Dienstnehmer ist reichlich kompliziert: Alle vollbeschäftigten Beamten, Angestellten und Arbeiter des Staates und der selbständigen staatlichen Anstalten sind obligatorisch Mitglieder bei der *Beamtenpensionskasse* (BPK).¹⁰¹⁾ Vollbeschäftigte, auf unbestimmte Zeit oder auf mindestens ein Jahr angestellte Aushilfen können ebenfalls aufgenommen werden.¹⁰²⁾ Auch privatrechtlich angestelltes Personal wird bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vertragsverhältnis aufgenommen, eventuell bei Teilzeitarbeit nur in die Sparversicherung. Für die Lehrer bestehen jedoch zwei getrennte, parallele Institutionen: Die Pensionen der Lehrer an den Volks- und Fortbildungsschulen kommen

⁹⁵⁾ Vgl. A. Kleiner: Die Unfallversicherung des Staatspersonals, in BeABl. 68 (1971) S. 112.

⁹⁶⁾ Allgemeine Bedingungen für die Unfall- und Haftpflichtversicherung der kantonalen Angestellten § 8, 10, 11 und 12.

⁹⁷⁾ Dekret über die Unfallversicherung des Staatspersonals § 4 Abs. 2; AV § 41 Abs. 2.

⁹⁸⁾ Verordnung über die Rechtspflege in Sozialversicherungssachen vom 22. Dezember 1964 § 4 lit. b.

⁹⁹⁾ Dekret über die finanzielle Sicherung von Beamten, Angestellten und Arbeitern des Kantons bei Tod oder Invalidität infolge ausserordentlichen Berufsrisikos vom 2. Juli 1968 § 1.

¹⁰⁰⁾ Verhandlungen des Aargauischen Grossen Rates 1965–69, Art. 1290, S. 2069.

¹⁰¹⁾ St BPK § 2.

¹⁰²⁾ Aushilfenverordnung § 21 Abs. 1; St BPK § 4.

nicht von der BPK wie die Pensionen der Lehrer an kantonalen Schulen, sondern direkt aus dem Staatsetat. Die Fürsorge für die Witwen und Waisen der Volksschullehrer wurde einer speziellen Lehrerwitwen- und Waisenkasse übertragen.¹⁰³⁾ Die Regierungsräte schliesslich sind ebenfalls nicht bei der BPK versichert, sondern beziehen ein staatliches Ruhegehalt.¹⁰⁴⁾ Im folgenden werden jedoch nur die Vermögensansprüche der bei der BPK versicherten Dienstnehmer behandelt.

Die früher als privatrechtlicher Verein konzipierte BPK¹⁰⁵⁾ wurde durch Grossratsbeschluss vom 9. März 1959 zur öffentlichrechtlichen Körperschaft erklärt.¹⁰⁶⁾ Sie versichert die ihr angeschlossenen vollberechtigten Mitglieder gegen *Invalidität, Alter und Tod* und erbringt unter bestimmten Voraussetzungen auch Leistungen bei *unverschuldeter Auflösung des Dienstverhältnisses*. Für Dienstnehmer, die wegen ihres Gesundheitszustandes oder ihres Alters nicht als vollberechtigte Kassenmitglieder aufgenommen werden können, besteht eine sogenannte Sparversicherung. Finanziert wird die BPK durch Leistungen des Staates und der Mitglieder. Von den jährlichen Beiträgen von 15 % der Besoldung (16 % für Mitglieder mit erhöhter Invaliditätswahrscheinlichkeit: weibliche Dienstnehmer, Polizeipersonal, Arbeiter usw.) plus einem festen Betrag von Fr. 60.— übernimmt der Staat den grösseren Teil von 9 % bzw. 10 % und Fr. 36.— des festen Anteils.¹⁰⁷⁾ Um eine Überversicherung zu vermeiden, wird nicht die ganze Besoldung versichert, sondern ein Koordinationsabzug von 20 % der Jahresbruttobesoldung zuzüglich Fr. 6000.— vorgenommen.¹⁰⁸⁾ Koordiniert werden sollen damit die Leistungen der Pensionskasse mit denjenigen der AHV.

Im Vordergrund der von der BPK erbrachten Leistungen stehen natürlich die *Altersrenten*. Ihre Höhe ist nach Dienstjahren gestaffelt und im Gegensatz zu den AHV-Renten nicht vom Familienstand abhängig. Verlangt werden mindestens zwei anrechenbare Dienstjahre; bei fehlenden, nicht eingekauften Dienstjahren erfolgt ein Abzug.¹⁰⁹⁾ Die maximale Rente von 65 % der versicherten Besoldung erhält ein Dienstnehmer nach mindestens 30 Dienstjahren, die Rente wird jedoch

¹⁰³⁾ Vgl. StV Art. 65 Ziff. 2 lit. b; Dekret über die Pensionen der Lehrer an den Volks- und Fortbildungsschulen und die Fürsorge für die Witwen und Waisen (Lehrerpensionsdekret) vom 22. Mai 1962.

¹⁰⁴⁾ Dekret über die Ruhegehälter der Mitglieder des Regierungsrates vom 27. Mai 1975.

¹⁰⁵⁾ Vgl. Walter Hug, S. 60 ff.

¹⁰⁶⁾ Dekret über die Regelung der Beziehungen des Staates zur Aargauischen Beamtenpensionskasse vom 28. Oktober 1924 § 1; St BPK § 1.

¹⁰⁷⁾ VB BPK § 2 Abs. 1 und 2.

¹⁰⁸⁾ VB BPK § 3 Abs. 1.

¹⁰⁹⁾ VB BPK § 6 und 7.

gekürzt, wenn sie mit der AHV-Rente zusammen 95 % der im Zeitpunkt der Pensionierung massgeblichen Bruttobesoldung übersteigt.¹¹⁰⁾

Seit der Änderung der Versicherungsbedingungen vom 20. Juni 1977 muss der männliche Dienstnehmer normalerweise nach vollendetem 65., die weibliche Dienstnehmerin nach vollendetem 63. Altersjahr aus dem Dienstverhältnis ausscheiden und hat Anspruch auf die Altersrente. Der Dienstherr kann im Einverständnis mit dem Dienstnehmer das Dienstverhältnis um zwei Jahre verlängern; der Pensionsanspruch entsteht dann erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses.¹¹¹⁾

Ist der Dienstnehmer infolge von Krankheit oder Unfall für seine bisherige oder eine andere ihm zumutbare Stelle dauernd und gänzlich invalid geworden und muss deshalb aus dem Dienstverhältnis ausscheiden, hat er bei mindestens zwei Dienstjahren Anspruch auf eine *Invalidenrente* in der gleichen Höhe wie die seinen Dienstjahren entsprechende Altersrente.¹¹²⁾ War der Betreffende weniger als zwei Jahre beschäftigt, erhält er eine Abfindung.¹¹³⁾ Bis zum Einsetzen der Leistungen der AHV erhält der wegen Invalidität pensionierte Versicherte noch eine Invalidenzzusatzrente.¹¹⁴⁾ Der nur teilweise invalide Versicherte kann an eine Stelle mit niedrigerer Besoldung versetzt werden; er erhält dann für den Unterschied zwischen der bisherigen und der neuen Besoldung eine Teilrente.¹¹⁵⁾ Die Invalidenrente kann gekürzt oder ganz verweigert werden, wenn der Dienstnehmer die Invalidität durch grobes Selbstverschulden herbeigeführt hat.¹¹⁶⁾

Um dem Dienstnehmer einen zumindest finanziellen Schutz vor *unverschuldeter Entlassung oder Nichtwiederwahl* zu gewähren, entrichtet die BPK unter bestimmten Voraussetzungen auch Leistungen bei unverschuldeter Auflösung des Dienstverhältnisses. Durch Reorganisation in der Verwaltung und die damit eventuell verbundene Aufhebung von Stellen kann der Fall eintreten, dass ein langjähriger Mitarbeiter ein Amt, das er lange Zeit vorzüglich betreute, aufgeben muss. Natürlich wird man in solchen Fällen immer versuchen, den freiwerdenden Dienstnehmer andernorts unterzubringen, um Härten für den Dienstnehmer und Kosten für die Pensionskasse zu vermeiden. Bei den durch den Grossen Rat oder das Volk gewählten Beamten besteht jedoch keinerlei Verpflichtung, sich an die für die Verwaltung geltenden

¹¹⁰⁾ VB BPK § 16 Abs. 1; § 11^{bis} Abs. 1.

¹¹¹⁾ VB BPK § 25.

¹¹²⁾ VB BPK § 16 und 17.

¹¹³⁾ VB BPK § 37.

¹¹⁴⁾ VB BPK § 21.

¹¹⁵⁾ VB BPK § 19.

¹¹⁶⁾ VB BPK § 18.

Voraussetzungen einer Nichtwiederwahl zu halten. Jedes in Umlauf gesetzte Gerücht oder eine Meinungsverschiedenheit mit Behörden kann hier letzten Endes den Ausschlag geben für die Abwahl eines fähigen und qualifizierten Funktionärs.

Anspruch auf eine Invalidenrente hat ein Dienstnehmer, dessen Dienstverhältnis nach Vollendung des 15. Dienstjahres und nach erreichtem 40. Altersjahr ohne sein Verschulden und nicht auf seine Veranlassung aufgelöst wird.¹¹⁷⁾ Die von ihm selbst geleisteten Beiträge mit Einkaufsgeldern und Einkaufssummen und die Beiträge des Arbeitgebers ohne Zins kann ein Versicherter beanspruchen, wenn sein Dienstverhältnis zwei bis fünfzehn Jahre bestanden hatte oder das Dienstverhältnis vor erreichtem 40. Altersjahr von ihm unverschuldet aufgelöst wird.¹¹⁸⁾ Lediglich die Freizügigkeitsleistungen, d. h. die eigenen Beiträge mit Einkaufsgeldern und Einkaufssummen, werden allen andern austretenden Dienstnehmern ausbezahlt, bzw. einer andern Personalfürsorgeeinrichtung gutgeschrieben.¹¹⁹⁾

Der Rolle des *Selbstverschuldens* kommt dabei eine grosse Bedeutung zu. Hat das Dienstverhältnis zwei Jahre gedauert und wurde ein Dienstnehmer auf Veranlassung des Dienstherrn entlassen oder nichtwiedergewählt, hat der Versicherte im einen Fall Anspruch auf Versicherungsleistungen, im andern Fall lediglich auf Freizügigkeitsleistungen. Einfach lässt sich die Frage nach dem Vorliegen eines Selbstverschuldens im kassenrechtlichen Sinn bei einer disziplinarischen Entlassung beantworten. Diese Disziplinar massnahme darf nur bei einem schweren Verschulden durchgeführt werden, einem Verschulden, das ohne Zweifel auch die Leistungen der BPK ausschliesst. Schwieriger wird die Unterscheidung in verschuldete oder unverschuldete Auflösung des Dienstverhältnisses aber bei der administrativen Entlassung und der Nichtwiederwahl. Unter Verschulden im kassenrechtlichen Sinn ist dabei ein Verhalten zu verstehen, für das der Dienstnehmer selbst verantwortlich ist und durch das er der Verwaltung unzumutbar geworden ist. Eine gewisse Schwere der Veranlassung muss dabei gefordert werden; es genügt nicht, bloss eine Kleinigkeit als Anlass für den Entschluss zur Auflösung des Dienstverhältnisses anzuführen, während die wahren Entlassungsgründe bei der Verwaltung liegen.¹²⁰⁾

Jud vertritt die Ansicht, dass ein Verlust des Anspruchs auf Kassenleistungen nur dann zulässig sei, wenn ein grobes Verschulden des Dienstnehmers vorliege. Da die Kürzung oder der Entzug der Invaliden-

¹¹⁷⁾ VB BPK § 20.

¹¹⁸⁾ VB BPK § 40.

¹¹⁹⁾ VB BPK § 41^{bis}, § 41^{ter}.

¹²⁰⁾ BGE 103 Ib 265/66.

rente bei Invalidität nur bei grobem Selbstverschulden möglich sei, würde dies dazu führen, dass bei einem aus eigenem, aber nicht grobfahrlässigem Verschulden dienstunfähig gewordenen Dienstnehmer ein Anspruch auf Invalidenrente entstehe, bei einem Entlassenen oder Nichtwiedergewählten, der in gleichem Masse fahrlässig handelte, falle aber unverständlicherweise jede Versorgungsleistung dahin.¹²¹⁾ Die unterschiedliche Behandlung eines selbstverschuldet invalid gewordenen und eines selbstverschuldet entlassenen bzw. nicht wiedergewählten Dienstnehmers ist aber gerechtfertigt. Dem Invaliden ist es in der Regel unmöglich, eine seiner bisherigen Stellung entsprechende Arbeitsstelle zu finden, während der Gesunde eine andere Beschäftigung aufnehmen kann.¹²²⁾ Es wäre ja auch nicht einzusehen, weshalb ein durch zumindest teilweises Selbstverschulden von der Verwaltung entlassener bzw. nichtwiedergewählter Dienstnehmer mit jenen Versicherungsleistungen belohnt werden sollte, die eigentlich für jene Versicherten vorgesehen wurden, die das Opfer einer Rationalisierung oder einer andern administrativen Umgestaltung wurden.

Ausdrücklich *grobes* Selbstverschulden für den Ausschluss der Versicherungsleistungen verlangt demgegenüber das Lehrerpensionsdekret.¹²³⁾ Den auf den staatlichen Arbeitgeber angewiesenen Lehrern fällt es naturgemäss bedeutend schwerer, eine neue Beschäftigung zu finden als andern Dienstnehmern. Da der grosse Teil der Lehrer durch das Volk gewählt wird und sich bei dieser Wahlart auch ein unbedeutendes Selbstverschulden dramatisch auswirken kann, war es m. E. richtig, dieser besonderen Situation Rechnung zu tragen und hier nur bei grobem Selbstverschulden weder Abfindung noch Rente vorzusehen.

Die staatliche Fürsorge durch die BPK besteht nicht nur für die Versicherten selbst, sondern auch für deren Familien. Dies kommt bei den Leistungen am deutlichsten zum Ausdruck, die beim *Tod* des Versicherten fällig werden. Stirbt ein Versicherter vor Ablauf von zwei Dienstjahren, erhalten die Witwe und die Waisen eine Abfindung.¹²⁴⁾ Bei mehr als zwei Dienstjahren hat die Witwe Anspruch auf eine Witwenrente, und die Kinder des Verstorbenen erhalten Waisenrenten.¹²⁵⁾ Der Witwer einer Versicherten hat nur dann Anspruch auf eine Witwerrente, wenn er wegen Erwerbsunfähigkeit auf das Einkommen der Ehefrau angewiesen war.¹²⁶⁾

¹²¹⁾ Jud, S. 251/52.

¹²²⁾ BGE 103 Ib 267.

¹²³⁾ Lehrerpensionsdekret § 16 lit. b, § 17 Abs. 2.

¹²⁴⁾ VB BPK § 38.

¹²⁵⁾ VB BPK § 28 und 34.

¹²⁶⁾ VB BPK § 33.

Um auch jenen Dienstnehmern einen finanziellen Schutz zu gewähren, die sich nicht über einen guten Gesundheitszustand ausweisen können und deshalb nicht als Vollberechtigte in die Kasse aufgenommen werden oder die wegen ihres Alters beim Eintritt in den Staatsdienst ausgeschlossen bleiben, schuf man die Institution der *Sparversicherung*. Die Sparversicherung ist eigentlich keine Versicherung, sondern ein reines Sparkassengeschäft,¹²⁷⁾ da ihre Mitglieder in keinem Fall mehr erhalten, als sie und der Dienstherr einbezahlt haben, samt Zins. Dadurch schliesst man die wegen ihres Gesundheitszustandes, ihres Alters oder wegen nicht nachbezahlter Beiträge ein erhöhtes Risiko bildenden Dienstnehmer von der Gefahrengemeinschaft der vollberechtigten Mitglieder aus.

Die Beiträge der Sparversicherten und des Dienstherrn sind gleich hoch wie diejenigen der andern Mitglieder.¹²⁸⁾ Wird der Sparversicherte invalid, erreicht er die Altersgrenze oder scheidet er durch unverschuldete Nichtwiederwahl oder Entlassung aus dem Dienstverhältnis aus, hat er Anspruch auf die eigenen und die vom Dienstherrn erbrachten Beiträge inklusive Zins. Beim Tod des Sparversicherten fällt das Sparguthaben samt Zins an seinen Ehegatten oder, wenn dieser fehlt, an seine Kinder, eventuell an weitere Verwandte.¹²⁹⁾

Bei Streitigkeiten wegen Kassenleistungen müssen sich alle Mitglieder der BPK mit einer Klage an das Verwaltungsgericht wenden. Bei Entscheiden des Vorstandes, die sich nicht auf Kassenleistungen beziehen, kann Beschwerde beim Regierungsrat geführt werden.¹³⁰⁾ Bei einem Streitwert von mindestens 8000 Franken kann sich der Versicherte oder dessen Hinterbliebene auch direkt ans Bundesgericht wenden unter Berufung auf OG Art. 42.¹³¹⁾

¹²⁷⁾ Walter Hug, S. 152.

¹²⁸⁾ VB BPK § 44.

¹²⁹⁾ VB BPK § 46.

¹³⁰⁾ St BPK § 12; VRPG § 60 Ziff. 3.

¹³¹⁾ Vgl. vorne S. 92.

VII. Die Beendigung des Dienstverhältnisses

A. Allgemeines

Bei der Beendigung öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse ist zu unterscheiden, ob diese ihren Grund in einer der beteiligten *Parteien* hat, also vom Dienstherrn oder Dienstnehmer ausgeht, oder ob *objektive Tatsachen*, die vom Willen der Parteien unabhängig sind, zu einer Auflösung führen, wie z. B. *Tod* oder *Alter (Pensionierung)*. Bei der von einer der Parteien veranlassten Beendigung unterscheidet sich die vom *Dienstnehmer* verlangte Auflösung des Dienstverhältnisses wiederum in mancher Hinsicht von der auf Veranlassung des *Dienstherrn* eingeleiteten. Das Institut der Amtsdauer zwingt zu einer Differenzierung zwischen den auf Amtsdauer gewählten *Beamten*, die während dieser Zeit einen erhöhten Schutz vor Entlassung genießen, und den *übrigen Dienstnehmern*. Während der Amtsdauer ist die Entlassung eines Beamten nur aus *disziplinarischen* oder *wichtigen Gründen* möglich, während nach Ablauf der Amtsdauer die Möglichkeit der Beendigung des Dienstverhältnisses durch *Nichtwiederwahl* offensteht.

Das Institut der Amtsdauer, welches ein Charakteristikum des schweizerischen Dienstrechts darstellt,¹⁾ bildet einen Kompromiss zwischen den beiden Extremösungen Beamtenwahl auf Lebenszeit, wie sie z. B. in der Bundesrepublik Deutschland vorgesehen ist, und der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit, von der z. B. in den Vereinigten Staaten bei Änderung der politischen Verhältnisse bei den höheren, sogenannten politischen Beamten rücksichtslos Gebrauch gemacht wird. Die Wahl der Beamten auf eine auf einige Jahre befristete Amtsdauer hat für den Dienstherrn den Vorteil, nach bestimmten Zeitabständen überprüfen zu können, ob der Beamte den Anforderungen seines Amtes noch gewachsen ist, ob er den ihm auferlegten Pflichten nachkommt. Auch wenn sich der Beamte keiner Dienstpflichtverletzungen schuldig gemacht hat und keine wichtigen Gründe für eine Entlassung vorliegen, ist es möglich, einen Beamten, der den gestellten Anforderungen nicht entspricht, durch Nichtwiederwahl aus dem Amt zu entfernen. Während die durch das Volk oder ein Parlament gewählten Beamten sich mit einer allfälligen Wegwahl abfinden müssen, ist die Entscheidungsfreiheit der Wahlorgane der Verwaltung keine gleichermassen absolute, wie bei

¹⁾ Im Hof, S. 274a.

der Behandlung der Beendigung des Beamtenverhältnisses durch Nichtwiederwahl zu zeigen sein wird. Der Verwaltung ermöglicht das Institut der Amtsdauer zudem eine Überprüfung, ob ein Amt aufgehoben werden kann, weil z. B. Rationalisierungsmassnahmen vorgenommen wurden. Dem Dienstnehmer wird man in solchen Fällen allerdings nach Möglichkeit eine seinen Fähigkeiten entsprechende andere Stelle zuweisen, da sonst für den Staat finanzielle Konsequenzen entstehen.

Die in der Schweiz übliche Wahl auf einige Jahre bedeutet natürlich keineswegs, dass die Beamten nicht auch hierzulande ihren Beruf als Lebensstellung ansehen. Diese Art der Beamtenwahl hat aber dennoch dazu beigetragen, dass sich in unserem Lande keine eigentliche «Beamtenklasse» bilden konnte. Für den Beamten hat die Wahl auf Amtsdauer gegenüber der Anstellung mit jederzeitiger Kündigungsmöglichkeit den Vorteil des sicheren Arbeitsplatzes bis zum Ablauf der Amtsdauer. Diese Bevorzugung erscheint als gerechter Ausgleich gegenüber den besonderen Pflichten, die den Beamten auferlegt werden.²⁾

B. Die Beendigung durch objektive Tatsachen

Gewisse objektive Tatsachen, wie *Tod*, *Erreichen des Pensionierungsalters* oder der *Ablauf der vereinbarten Beschäftigungsdauer*, führen zu einer Beendigung des Dienstverhältnisses, ohne dass es dazu einer Veranlassung von seiten des Dienstnehmers oder Dienstherrn bedarf. Bei dieser Beendigungsart spielt auch die sonst stets zu treffende Unterscheidung in Beamte und Nichtbeamte keine Rolle; es ergeben sich keine Unterschiede zwischen den verschiedenen Personalkategorien. Diese Beendigungsart ist vom Willen der Beteiligten unabhängig, und es sind hier keine Ermessensentscheide zu fällen oder andere vielschichtige Rechtsfragen zu lösen, welche bei allen weiteren Beendigungsarten zu mancherlei Konflikten zwischen den Parteien Anlass geben können.

Im Vordergrund steht bei der Beendigung des Dienstverhältnisses durch objektive Tatsachen natürlich die *Pensionierung*. Das Besoldungsdekret,³⁾ wie auch andere dienstrechtliche Erlasse, die eine Bestimmung über die Versetzung in den Ruhestand enthalten,⁴⁾ regeln die Frage des Pensionierungsalters nicht selbst, sondern verweisen auf die Vor-

²⁾ Im Hof, S. 238a, vertritt die Ansicht, beim öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stünden den vermehrten Pflichten keine vermehrten Rechte gegenüber; gl. M. Strub, S. 76.

³⁾ BD § 6.

⁴⁾ AV § 6; LBD § 6.

schriften der BPK bzw. des Lehrpensionsdekrets. § 25 der Versicherungsbedingungen der BPK bestimmt, dass der männliche Versicherte auf Beginn des der Vollendung des 65. Altersjahrs folgenden Monats aus dem Dienstverhältnis auszuschcheiden hat. Für die weiblichen Dienstnehmer wurde der Altersrücktritt auf das 63. Altersjahr vorgesehen. Bei männlichen und weiblichen Dienstnehmern hat der Dienstherr die Möglichkeit, die Versetzung in den Ruhestand im Einverständnis mit dem Betreffenden um zwei Jahre hinauszuschieben.⁵⁾

Die von den Versicherungsbedingungen der BPK aufgestellten Altersgrenzen gelten jedoch nicht für die vom Volk gewählten Beamten.⁶⁾ Bei diesen wollte man es dem Stimmbürger überlassen, ob er dem Betreffenden sein Vertrauen für eine weitere Amtsdauer schenken will oder die Ablösung durch einen jüngeren Beamten wünscht.

Beim *Tod* des Dienstnehmers geht das Dienstverhältnis von Rechts wegen unter; der Eintritt eines Rechtsnachfolgers in das Dienstverhältnis ist wie im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ausgeschlossen. Die mit dem Tod des Dienstnehmers entstehenden Vermögensansprüche seiner Angehörigen, wie Besoldungsnachgenuss, Witwen-, Witwer- und Waisenrenten, wurden weiter vorne unter den Vermögensrechten behandelt.⁷⁾

Als weitere Möglichkeit der Beendigung des Dienstverhältnisses durch objektive Tatsachen muss schliesslich die Auflösung wegen *Ablaufs der vereinbarten Beschäftigungsdauer* erwähnt werden. Auch ein öffentlichrechtlicher Dienstnehmer kann im Hinblick auf bestimmte, bei der Verwaltung vorübergehend anfallende Arbeiten auf eine im voraus festgelegte Zeitdauer angestellt werden.⁸⁾ Speziell geschaffen für diese Anstellungsart wurde die Personalkategorie der Aushilfen.

C. Die Beendigung auf Veranlassung des Dienstnehmers

1. Die Beendigung des Beamtenverhältnisses

Bei den Beamten gilt es zu unterscheiden zwischen der vom Dienstnehmer gewünschten Beendigung des Dienstverhältnisses während der Amtsdauer und der Möglichkeit, nach deren Ablauf auf eine Wiederwahl zu verzichten. In beiden Fällen spricht man von *Demission*, worunter die Erklärung des Dienstnehmers zu verstehen ist, dass er das Dienstverhältnis auflösen möchte.

⁵⁾ VB BPK § 25 Abs. 2.

⁶⁾ BD § 6.

⁷⁾ Vgl. S. 91, 99.

⁸⁾ Vgl. AV § 3 Abs. 1; Aushilfenverordnung § 7 Abs. 1.

Die Amtsdauer bindet grundsätzlich beide Parteien im selben Masse, d. h. das Gemeinwesen kann den Dienstnehmer nur unter genau festgelegten Voraussetzungen entlassen, und andererseits bleibt auch dieser bis zum Ablauf der Amtsperiode grundsätzlich dem Dienstherrn verpflichtet.⁹⁾ Auch in Zeiten grösster Personalknappheit wird aber die Verweigerung einer vom Dienstnehmer während der Amtsdauer beantragten Entlassung für den Dienstnehmer eine ungleich härtere Massnahme darstellen als für den Staat, der dadurch zur Suche eines geeigneten Nachfolgers gezwungen wird. Deshalb sehen die meisten Dienstrechte die Möglichkeit vor, das Dienstverhältnis auf Verlangen des Dienstnehmers während der Amtszeit zu beenden, auch wenn ohne ausdrückliche Vorschrift kein Rechtsanspruch darauf besteht. Das aargauische Dienstrecht bestimmt, dass die Wahlbehörde Beamte auf ein drei Monate vor dem gewünschten Entlassungstermin eingereichtes Gesuch hin während der Amtsdauer entlassen *kann*, «wenn dadurch nicht Interessen des Staates beeinträchtigt werden.»¹⁰⁾ Aus dieser Bestimmung wird deutlich, dass dem auf Amtsdauer gewählten Beamten kein Entlassungsanspruch zusteht, denn die Wahl erfolgt ja nach schweizerischer Praxis mittels eines Verwaltungsaktes. Die Auflösung des Beamtenverhältnisses erfolgt nicht durch «Kündigung» des Beamten selbst, sondern durch die Entlassungsverfügung der zuständigen Behörde.¹¹⁾

Weil das Demissionsgesuch selbst noch keine Rechtswirkungen entfaltet, ergibt sich für den Beamten die Möglichkeit, die Demission wieder zurückzunehmen, wenn sie von der Behörde noch nicht genehmigt und der Beamte damit noch nicht entlassen wurde.¹²⁾ Die Behörde andererseits kann die von ihr ausgesprochene Entlassung mit Zustimmung des Betreffenden zurücknehmen, solange noch keine gültige Ersatzwahl zustande gekommen ist.¹³⁾ Es steht im Ermessen der Wahlbehörde, die Interessen des Beamten an der Auflösung des Dienstverhältnisses gegenüber den Interessen des Staates abzuwägen. Für einen allfälligen ablehnenden Entscheid darf sie nur sachliche Gründe berücksichtigen, die im öffentlichen Interesse liegen,¹⁴⁾ wenn es also z. B. unmöglich ist, einen unentbehrlichen Spezialisten durch einen andern Dienstnehmer zu ersetzen.

⁹⁾ Jud, S. 182.

¹⁰⁾ BD § 5 Abs. 1; VBD § 6.

¹¹⁾ AGVE 1950 S. 374; 1947 S. 187.

¹²⁾ Imboden/Rhinow II, Nr. 150, S. 1098, Ziff. II b.

¹³⁾ AGVE 1950 S. 374.

¹⁴⁾ Jud, S. 183.

Auch wenn in der Praxis dem Demissionsbegehren eines Beamten immer entsprochen wird¹⁵⁾ und bei einem gegen den Willen des Beamten fortbestehenden Dienstverhältnis kaum gute Leistungen zu erwarten sind, geht m. E. Jud zu weit, wenn er de lege ferenda einen unbeschränkten Anspruch auf Entlassung während der Amtsdauer fordert.¹⁶⁾ Der Beamte genießt durch das Institut der Amtsdauer ein so hohes Mass an Sicherheit, dass es nicht gerechtfertigt erscheint, ihm ausser allen Vorteilen des Beamtenstatus nun auch noch die Vorteile der privatrechtlichen Anstellung — ohne deren Nachteile — zuzusichern.

Dem Beamten steht es nach Ablauf der Amtsdauer frei, sich einer Wiederwahl zu stellen oder darauf zu verzichten. Wie dem Dienstherrn ist auch ihm die Verpflichtung auferlegt, bei beabsichtigter Auflösung des Dienstverhältnisses drei Monate vor Ablauf der Amtsdauer die Gegenpartei schriftlich zu orientieren. VBD § 6 spricht von einem «Austrittsgesuch» sowohl bei der Beendigung des Dienstverhältnisses während der Amtsdauer wie auf Ende einer Amtsperiode, was eigentlich nicht richtig ist. Aus dem System der Amtsdauer ergibt sich für den Beamten ein Recht auf Beendigung des Dienstverhältnisses nach Ablauf der Amtsperiode, ohne dass es dazu eines Gesuches und einer behördlichen Genehmigung bedarf.¹⁷⁾ Gründe braucht der Beamte keine anzugeben.

2. Die Beendigung des Angestelltenverhältnisses

Im Gegensatz zu den auf Amtsdauer gewählten Beamten werden alle andern öffentlichrechtlichen Dienstnehmer auf bestimmte oder meistens auf unbestimmte Zeit angestellt. Das auf unbestimmte Zeit mit der beidseitigen Möglichkeit der Auflösung begründete öffentlichrechtliche Angestelltenverhältnis ist dem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis sehr ähnlich. Dennoch darf nicht ausser acht gelassen werden, dass auch das Dienstverhältnis des nicht auf Amtsdauer gewählten Staatspersonals mit wenigen Ausnahmen ein öffentlichrechtliches ist, das wie das Beamtenverhältnis durch einseitigen, mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt begründet wird. Auf das ausnahmsweise auf privatrechtlicher Grundlage beruhende Arbeitsverhältnis von staatlichen Arbeitskräften wird im letzten Kapitel eingegangen.

¹⁵⁾ Allenfalls versucht man mit dem demissionierenden Beamten (und eventuell dessen zukünftigem Arbeitgeber, auf gütlichem Wege zu einer Verständigung zu gelangen und den Beamten wenn nötig noch zur Mitarbeit während einer gewissen Zeit zu verpflichten.

¹⁶⁾ Jud, S. 185.

¹⁷⁾ Vgl. Jud, S. 234 N 20.

Wenn in den Erlassen, die ein Angestelltenverhältnis regeln, von *Kündigung* und *Kündigungsfrist* die Rede ist, darf dieser Begriff nicht mit der privatrechtlichen Kündigung eines Arbeitsvertrages verwechselt werden. Da das öffentlichrechtliche Angestelltenverhältnis durch einen Verwaltungsakt begründet wird, ist es unmöglich, dass der Angestellte einseitig durch seine Kündigung die Rücknahme dieser Verfügungsverfügung erwirken kann. Aus den dienstrechtlichen Erlassen geht andererseits jedoch eindeutig hervor, dass der auf unbestimmte Zeit angestellte Dienstnehmer das Dienstverhältnis einseitig auflösen kann. Man kann die Kündigung des Angestellten als Entlassungsgesuch betrachten, das die Verwaltung in jedem Fall zu einer Entlassungsverfügung verpflichtet,¹⁸⁾ oder als Rücknahme der unter Vorbehalt des Kündigungsrechtes abgegebenen Zustimmung zum begründenden Verwaltungsakt.¹⁹⁾ In der Praxis werden daraus kaum Probleme entstehen; in jedem Falle hat der Angestellte bei fristgerecht eingereichtem Kündigungsbegehren ein Recht auf Entlassung aus dem Dienstverhältnis.

Die dienstrechtlichen Erlasse für das aargauische Staatspersonal sehen mehrheitlich vor, dass das Dienstverhältnis der auf unbestimmte Zeit angestellten Dienstnehmer sowohl durch den Dienstnehmer wie den Dienstherrn auf Ende des dritten der Kündigung folgenden Monats aufgelöst werden kann.²⁰⁾ Für die Aushilfen beträgt die Kündigungsfrist einen Monat.²¹⁾ Während der Probezeit haben bei allen Angestelltenverhältnissen beide Parteien das Recht, mit 14 Tagen Kündigungsfrist die Auflösung des Dienstverhältnisses zu verlangen.²²⁾ Schriftform empfiehlt sich auch dort, wo sie nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist.²³⁾ Die Angabe von Gründen ist bei der vom Angestellten ausgehenden Kündigung nicht erforderlich.

Das privatrechtliche Arbeitsrecht kennt ausser der ordentlichen, befristeten auch eine ausserordentliche, fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer. Das Dienstrecht kennt im allgemeinen diese Möglichkeit nicht;²⁴⁾ allerdings wird der öffentlichrechtliche Dienstnehmer auch nie des für den privatrechtlichen Arbeitnehmer wichtigen Schutzes vor der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers bedürfen.²⁵⁾

¹⁸⁾ Strub, S. 149/50.

¹⁹⁾ Jud, S. 163; Im Hof, S. 404a.

²⁰⁾ Vgl. z. B. AV § 3 Abs. 2; Personalverordnung Regiebetriebe § 3 Abs. 3; Forstpersonalverordnung § 4 Abs. 1.

²¹⁾ Aushilfenverordnung § 8 Abs. 1.

²²⁾ Vgl. z. B. AV § 4; Personalverordnung Regiebetriebe § 4.

²³⁾ Vgl. AV § 3 Abs. 2.

²⁴⁾ Vgl. aber Aushilfenverordnung § 8 Abs. 2, wo die sofortige Auflösungsmöglichkeit vorgesehen wird bei wichtigen Gründen, die eine Weiterführung des Dienstverhältnisses für beide Beteiligten als unzumutbar erscheinen lassen.

²⁵⁾ Vgl. OR Art. 337a.

D. Die Beendigung auf Veranlassung des Dienstherrn

1. Die Beendigung des Beamtenverhältnisses

a) Die Entlassung aus wichtigen Gründen (administrative Entlassung)

Unter *Entlassung aus wichtigen Gründen* oder *administrativer Entlassung* versteht man beim Beamtenverhältnis die aus nichtdisziplinarischen Gründen erfolgende Entlassung während der Amtsdauer. Bei der administrativen Entlassung fehlt das für eine disziplinarische Entlassung erforderliche schuldhafte Verhalten.²⁶⁾ Da auch das im OR geregelte Arbeitsvertragsrecht eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen kennt und deren Voraussetzungen fast wörtlich mit denjenigen in den dienstrechtlichen Erlassen übereinstimmen, stellt sich die Frage, ob bei beiden Arten von Dienstverhältnissen dieselben «wichtigen Gründe» zur Auflösung führen. Nach OR gilt als wichtiger Grund «jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf.»²⁷⁾ Nach Besoldungsdekret gelten als wichtige Gründe «alle Umstände, bei deren Vorhandensein der Wahlbehörde die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.»²⁸⁾ Ein Unterschied zwischen den beiden Bestimmungen geht sofort aus dem Wortlaut hervor: Während beim privatrechtlichen Arbeitsvertrag beiden Parteien bei wichtigen Gründen die Kündigung ermöglicht wird, kann nach der Vorschrift des Besoldungsdekrets lediglich der Dienstherr die Auflösung des Dienstverhältnisses verlangen. Aber auch wenn im übrigen die beiden Bestimmungen sinngemäss übereinstimmen, darf das nicht darüber hinwegtäuschen, dass zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen wichtige Unterschiede bestehen. Während den privatrechtlichen Vertragsparteien im allgemeinen als ultima ratio bei groben Vertragsverletzungen nur die sofortige Auflösung des Arbeitsvertrages, eventuell verbunden mit einer Schadenersatzklage, zur Verfügung steht, hat demgegenüber der öffentlichrechtliche Dienstherr die Möglichkeit, Dienstpflichtverletzungen durch das im besonderen Rechtsverhältnis zwischen Staat und Dienstnehmer wurzelnde Disziplinarrecht zu ahnden. Hier ist deshalb die Entlassung aus wichtigen Gründen für jene Fälle vorbehalten, in welchen dem Dienstnehmer *keine* schuldhafte Dienstpflichtverletzung vorgeworfen werden

²⁶⁾ BGE 100 Ib 25; Jud, S. 187/88.

²⁷⁾ OR Art. 337 Abs. 2.

²⁸⁾ BD § 5 Abs. 2.

kann. Zur administrativen Entlassung führt ein *Zustand*, der für die Verwaltung unzumutbar ist.²⁹⁾

Während sich das aargauische Besoldungsdekret mit einer Generalklausel begnügt, zählt das Beamtengesetz des Bundes in Art. 55 Abs. 2 zusätzlich einige wichtige Gründe exemplifikatorisch auf: Dienstuntauglichkeit, Konkurs, fruchtlose Pfändung, Verlust der Wahlfähigkeit oder Eintritt von Ausschlussverhältnissen. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend und gibt lediglich eine Vorstellung davon, was man unter wichtigen Gründen zu verstehen hat. In der bundesrechtlichen Praxis sind z. B. schon folgende Gründe als zur Entlassung ausreichend bezeichnet worden:³⁰⁾ Nichteignung wegen Krankheit, Veranlagung oder besonders gearteten Verhaltens,³¹⁾ Störung des geordneten Ganges der Verwaltung – z. B. durch Einmischung ohne Grund in die Tätigkeit der Mitarbeiter und unkollegiales oder unloyales Verhalten –, Verlust der Zurechnungsfähigkeit,³²⁾ wiederholte Trunkenheit im Dienst, strafrechtliche Verurteilung.³³⁾ Bei strafrechtlichen Tatbeständen gilt jedoch nur ein Verbrechen in jedem Falle als wichtiger Grund; bei Vergehen und Übertretungen sind die Schwere der Tat und die Stellung des Verurteilten zu berücksichtigen.³⁴⁾

Das Dienstverhältnis muss vom Dienstherrn unverzüglich nach Bekanntwerden des wichtigen Grundes aufgelöst werden; längeres Zuwarten zeigt, dass die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht unzumutbar ist und gilt als Verzicht auf die Geltendmachung des wichtigen Grundes.³⁵⁾ Andererseits kann der für die Erfüllung seiner bisherigen Aufgabe Untaugliche aus einem säumigen Verhalten der Vorgesetzten keinen Anspruch auf weitere Verwendung in seiner Funktion ableiten.³⁶⁾

Im aargauischen Dienstrecht fehlt eine dem Art. 54 des Bundesbeamtengesetzes analoge Bestimmung, welche von Rechts wegen die Auflösung des Dienstverhältnisses infolge Aufhebung des Amtes vorsieht. Die Generalklausel im Besoldungsdekret umfasst aber auch diesen Fall, bildet doch die Aufhebung eines Amtes zweifellos einen Umstand, bei dessen Vorhandensein der Wahlbehörde die Fortsetzung des Dienstver-

²⁹⁾ Studie Personalamt, S. 14 N 26.

³⁰⁾ Vgl. Studie Personalamt, S. 58 ff.

³¹⁾ BGE 100 Ib 27.

³²⁾ Da die Unzurechnungsfähigkeit gleichzeitig einen Schuldausschlussgrund darstellt, kommt hier die administrative Entlassung auch bei Fällen zur Anwendung, die vom objektiven Tatbestand her eigentlich eine disziplinarische Entlassung rechtfertigen würden.

³³⁾ Vgl. AO Art. 77 Abs. 2.

³⁴⁾ Studie Personalamt, S. 60 N 17.

³⁵⁾ BGE 75 II 332 = Imboden/Rhinow II, Nr. 148, S. 1082.

³⁶⁾ BGE 100 Ib 26.

hältnisses nicht zugemutet werden kann.³⁷⁾ Beamte ohne Amt gibt es im schweizerischen Dienstrecht nicht.³⁸⁾ Die Verwaltung wird in solchen Fällen versuchen, dem Dienstnehmer ein anderes, seiner bisherigen Tätigkeit entsprechendes Amt zu übertragen; einerseits um dem Verwaltungsgrundsatz der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von belastenden Verwaltungsakten gerecht zu werden, andererseits natürlich auch, um eine Entschädigungspflicht des Staates wegen unverschuldeter Entlassung zu vermeiden.

Wenn dem Dienstnehmer die Ausübung seines Amtes aus medizinischen Gründen — wegen Invalidität — dauernd verunmöglicht wird, liegt ebenfalls ein wichtiger Grund vor, der dem Dienstherrn die Auflösung des Dienstverhältnisses erlaubt.³⁹⁾ Von Invalidität spricht man dann, wenn von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung eine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes nicht erwartet werden kann und eine voraussichtlich bleibende Erwerbsunfähigkeit zurückbleibt.⁴⁰⁾ Bei Invalidität entstehen Ansprüche gegenüber der Beamtenpensionskasse, doch muss der Versicherte entweder durch Vollinvalidität für seine bisherige oder eine andere ihm zumutbare Stelle dauernd und gänzlich invalid geworden sein oder wegen Teilinvalidität an eine Stelle mit niedrigerer Besoldung versetzt worden sein.⁴¹⁾

Für die vermögensrechtlichen Folgen der administrativen Entlassung ist von entscheidender Bedeutung, ob die Entlassung als *verschuldet* oder *unverschuldet* im Sinne der Versicherungsbedingungen der Beamtenpensionskasse gilt. Bei unverschuldeter administrativer Entlassung oder Nichtwiederwahl entstehen für den Dienstnehmer bei gewisser Mindestdienstdauer bzw. bestimmtem Altersjahr finanzielle Ansprüche gegenüber der Beamtenpensionskasse.⁴²⁾ Die Entlassungsverfügung muss daher die Mitteilung enthalten, ob die Entlassung des Dienstnehmers vom Dienstherrn als verschuldet oder als unverschuldet angesehen wird. Das Verschulden, von dem hier die Rede ist, ist aber anders geartet, als das Verschulden, das eine Voraussetzung für Disziplinar-massnahmen bildet. Um eine administrative Entlassung oder eine Nichtwiederwahl als durch den Dienstnehmer verschuldet erscheinen zu lassen, bedarf es keiner schuldhaften Amtspflichtverletzungen, die zu einem Disziplinarverfahren Anlass geben könnten.⁴³⁾

³⁷⁾ Jud, S. 205.

³⁸⁾ Fleiner/Giacometti, S. 664.

³⁹⁾ Im Hof, S. 421a; Jud, S. 201/02.

⁴⁰⁾ Vgl. KUVG Art. 76.

⁴¹⁾ VB BPK § 17 Abs. 1, § 19 Abs. 2.

⁴²⁾ VB BPK § 20, 40 und 46 Abs. 1 und 4.

⁴³⁾ Über die Verschuldensfrage vgl. vorne S. 98 f.

Die Auflösung des Beamtenverhältnisses aus wichtigen Gründen ist ebenso wie die Nichtwiederwahl nach Ablauf der Amtsdauer durch *schriftliche Voranzeige* dem Dienstnehmer drei Monate im voraus mitzuteilen.⁴⁴⁾ Diese «Mitteilung» stellt eine Verwaltungsverfügung dar, die den im Verwaltungsrechtspflegegesetz aufgeführten Voraussetzungen wie Anspruch auf rechtliches Gehör, Akteneinsicht, Schriftlichkeit, Begründung und Rechtsmittelbelehrung genügen muss.⁴⁵⁾ De lege ferenda wäre allerdings eine Verweisung in den dienstrechtlichen Erlassen auf die entsprechenden Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes zur Information des Dienstnehmers wertvoll.⁴⁶⁾

Da eine administrative Entlassung ebenso wie eine disziplinarische tief in die Rechtsstellung eines Beamten eingreift, muss ihr ein geordnetes, dem Disziplinarverfahren nachgebildetes *Verfahren* vorangehen, in welchem geprüft wird, ob die herangezogenen Gründe eine administrative Entlassung rechtfertigen.⁴⁷⁾

Für aus wichtigen Gründen entlassene wie für nichtwiedergewählte Dienstnehmer besteht im Kanton Aargau nur ein sehr mangelhafter oder gar kein Rechtsschutz. Während der disziplinarisch Entlassene an eine unabhängige Instanz, das Verwaltungsgericht, gelangen kann, um seinen Fall überprüfen zu lassen,⁴⁸⁾ bleibt dem aus wichtigen Gründen entlassenen oder nichtwiedergewählten Dienstnehmer diese Möglichkeit verschlossen.⁴⁹⁾ Das aargauische Verwaltungsrechtspflegegesetz sieht in der Enumeration der dem Verwaltungsgericht zur Beurteilung zugänglichen Beschwerden wohl eine vollumfängliche Überprüfung der schwersten Disziplinar massnahmen vor,⁵⁰⁾ soweit aber eine solche Bestimmung fehlt, können Verfügungen lediglich mit Beschwerde an die übergeordnete Verwaltungsbehörde weitergezogen werden.⁵¹⁾ Den nicht vom Regierungsrat ernannten Dienstnehmern bleibt bei administrativer Entlassung oder Nichtwiederwahl daher die Möglichkeit einer *Beschwerde* an den Regierungsrat, den direkt vom Regierungsrat ernannten Beamten steht überhaupt kein Rechtsmittel zur Verfügung.

Die aargauische Regelung befriedigt nicht. Die Vermutung liegt nahe, dass die Verwaltung ausser in krassen Fällen, bei denen sich eine

⁴⁴⁾ BD § 5 Abs. 2.

⁴⁵⁾ Vgl. weiter hinten S. 115.

⁴⁶⁾ Jud, S. 210 N 57.

⁴⁷⁾ ZBl. 1978 S. 155.

⁴⁸⁾ VRPG § 55 Abs. 1.

⁴⁹⁾ Demgegenüber kann sich der Bundesdienstnehmer in diesen Fällen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht wenden: OG Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 lit. a–d.

⁵⁰⁾ VRPG § 56 Abs. 3.

⁵¹⁾ VRPG § 45.

disziplinarische Entlassung wegen des Druckes der öffentlichen Meinung nicht mehr umgehen lässt, die für sie bequemere Möglichkeit der Nichtwiederwahl oder der administrativen Entlassung benützt, um einen Prozess vor dem Verwaltungsgericht zu vermeiden. Angesichts der sehr seltenen Nichtwiederwahlen und der praktisch unbekannten administrativen Entlassungen wäre ein Rechtsschutz für diese Fälle im selben Umfang wie bei disziplinarischen Entlassungen sicher vertretbar.⁵²⁾ Die im Besoldungsdekret in § 5 Abs. 2 verwendeten Begriffe der «wichtigen Gründe», bei deren Vorhandensein der Wahlbehörde die Fortsetzung des Dienstverhältnisses «nicht zugemutet» werden kann, sind auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe. Ein umfassender Rechtsschutz für die Dienstnehmer ist nur dann gewährleistet, wenn das Verwaltungsgericht die Auslegung dieser Begriffe vollumfänglich kontrollieren kann.⁵³⁾

Bis zum Inkrafttreten des revidierten OG im Oktober 1969 war lediglich die disziplinarische Entlassung eines Bundesdienstnehmers vom Bundesgericht überprüfbar. Trotzdem trat das Bundesgericht vereinzelt auch auf Beschwerden von administrativ entlassenen oder nichtwiedergewählten Bundesdienstnehmern ein, weil es den Betroffenen die Möglichkeit geben wollte, abklären zu lassen, ob die Auflösung des Dienstverhältnisses nur zur Umgehung des Bundesgerichts als administrative Entlassung oder Nichtwiederwahl vorgeschoben wurde, während in Wirklichkeit eine disziplinarische Entlassung vorlag.⁵⁴⁾ Für den aargauischen Dienstnehmer liegen die Dinge gleich wie für den Bundesdienstnehmer vor 1969. Daher sollte das Verwaltungsgericht in ähnlichen Fällen die Praxis des Bundesgerichts übernehmen und auch bei einem administrativ Entlassenen oder Nichtwiedergewählten auf Beschwerde hin prüfen, ob materiell eine disziplinarische Entlassung vorliegt. Einen Weg zum Verwaltungsgericht eröffnet allenfalls auch VRPG § 53. Diese Bestimmung ermöglicht es einem Dienstnehmer, dem das rechtliche Gehör oder die Akteneinsicht vor der letztinstanzlich zuständigen Behörde verweigert wurde, auch dann ans Verwaltungsgericht zu gelangen, wenn dessen Zuständigkeit an sich nicht gegeben wäre.⁵⁵⁾

b) Die disziplinarische Entlassung

Die *disziplinarische Entlassung* ist die schwerste Disziplinar massnahme und kann nur unter bestimmten Voraussetzungen verfügt werden. Das Besoldungsdekret sieht die disziplinarische Entlassung eines Beamten

⁵²⁾ Vgl. auch Jud, S. 283 ff.

⁵³⁾ Thomas Fleiner, S. 400.

⁵⁴⁾ BGE 83 I 295 f.; 80 I 84 f.

⁵⁵⁾ Vgl. ZBl. 1977 S. 398 ff.

vor, wenn Mahnungen fruchtlos bleiben oder schwere Pflichtversäumnis oder Untüchtigkeit vorliegt.⁵⁶⁾ Im Lehrerbesoldungsdekret werden folgende Entlassungsgründe angeführt: grobe Verletzung der Berufspflichten, ungenügende Schulführung, anstosseregende, unsittliche Lebensführung, Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe.⁵⁷⁾

Ob die Verfehlung eines Beamten als so schwerwiegend betrachtet werden muss, dass eine disziplinarische Entlassung gerechtfertigt erscheint, beurteilt sich neben den Umständen und der Schwere der Tat auch an den Anforderungen des Amtes, das der Fehlbare bekleidet. An Beamte, die das besondere Vertrauen der Öffentlichkeit geniessen, muss ein strenger Massstab angelegt werden.⁵⁸⁾

Bei der Abgrenzung der administrativen von der disziplinarischen Entlassung ist das *Verschulden* das massgebliche Kriterium. Entscheidend ist dabei die wahre Natur der Verfügung und nicht die äussere Bezeichnung der Massnahme bzw. des Verfahrens. Disziplinarisch ist die Entlassung dann, wenn dem Beamten ein pflichtwidriges Verhalten, d. h. subjektiv ein Verschulden, vorgeworfen wird. Das Verschulden kann dabei in Vorsatz oder Fahrlässigkeit bestehen.⁵⁹⁾

Da das Disziplinarverfahren nicht nur dazu dient, fehlbare Beamte aus dem Staatsdienst zu entfernen, sondern auch die Dienstnehmer vor einer ungerechtfertigten Entlassung schützen muss,⁶⁰⁾ sollte man nicht Fälle, die eine disziplinarische Entlassung rechtfertigen würden, einfach durch Nichtwiederwahl erledigen.⁶¹⁾

Das Disziplinarverfahren und der Rechtsschutz bei disziplinarischer Entlassung wurden bereits weiter vorne bei der Besprechung der disziplinarischen Verantwortlichkeit besprochen.⁶²⁾

c) Die Nichtwiederwahl

Nach Ablauf der Amtsdauer besteht für beide Parteien, Dienstnehmer und Dienstherrn, die Möglichkeit, das Dienstverhältnis zu überprüfen. Das aargauische Dienstrecht bestimmt sogar ausdrücklich, dass nur solche Beamte wiedergewählt werden dürfen, deren Leistungen und Pflichterfüllung befriedigen.⁶³⁾ Wie bereits erwähnt wurde, steht es dem Dienstnehmer vollkommen frei, sich zu einer Wiederwahl für eine neue

⁵⁶⁾ BD § 15 Abs. 2.

⁵⁷⁾ LBD § 16 Abs. 1 in Verbindung mit Schulgesetz § 53 Abs. 1.

⁵⁸⁾ BGE 101 Ia 308; Studie Personalamt, S. 19 N 46 und S. 41 N 7.

⁵⁹⁾ BGE 100 Ib 25; Grisel, S. 268 ff.; Jud, S. 190 ff.; Studie Personalamt, S. 14 N 27, S. 20 N 48.

⁶⁰⁾ AGVE 1970 S. 377.

⁶¹⁾ Roos, S. 29; Meili, S. 75. Vgl. dazu auch BGE 103 Ib 322/23.

⁶²⁾ Vgl. S. 68 ff.

⁶³⁾ BD § 4 Abs. 2.

Amts-dauer zur Verfügung zu stellen oder nicht. Bis vor wenigen Jahren war man der Auffassung, auch der Dienstherr geniesse volle Freiheit darin, ob er einen Beamten wiederwählen oder aus irgendwelchen Gründen auf eine Weiterbeschäftigung verzichten wolle.⁶⁴⁾ Heute hat man jedoch erkannt, dass das der Verwaltung zukommende freie Ermessen bei der Wiederwahl⁶⁵⁾ nicht mit Willkür verwechselt werden darf und die Verwaltung auch hier an den Grundsatz der Ausübung des *pfllichtgemässen Ermessens* gebunden ist, d. h. die Entscheidung muss sachlich vertretbar sein. Zwar wurde in der Literatur und in der Rechtsprechung immer wieder betont, der Beamte habe keinen Anspruch auf Wiederwahl,⁶⁶⁾ doch im Lichte der neusten Rechtsprechung des Bundesgerichts kann daran nicht mehr festgehalten werden. Die Wahlbehörde ist in der Ausübung ihres *«freien Ermessens»* durch den erwähnten Grundsatz eingeschränkt und kann nur unter bestimmten Voraussetzungen von einer Wiederwahl absehen.

Für die Ablehnung einer Wiederwahl bedarf es eines *zureichenden Grundes*. Dieser Grund braucht nicht so geartet zu sein, dass dem Beamten ein Verschulden vorzuwerfen ist, das Anlass zu einer disziplinarischen Massnahme geben könnte. Ebenso wenig ist ein «wichtiger Grund» erforderlich, der eine administrative Entlassung rechtfertigen würde. Es muss lediglich ein Grund vorliegen, durch den die wegen Beanstandung der Leistung oder des Verhaltens des Beamten verfügte Nichtwiederwahl nach den Umständen als haltbare, nicht willkürliche Massnahme erscheint.⁶⁷⁾ Die Verwaltung ist also nach Ablauf der Amtsdauer in ihrem Ermessen wesentlich freier als während derselben, da sie in der Zeit der Amtsperiode das Beamtenverhältnis nur aus administrativen oder disziplinarischen Gründen einseitig auflösen kann.⁶⁸⁾

Ein Dienstnehmer, gegen den bei Ablauf der Amtsdauer ein Disziplinarverfahren läuft, kann allerdings nicht erwarten, er sei wegen des hängigen Verfahrens besser gestellt als die andern Beamten. Wenn die Wahlbehörde die Überzeugung hat, er genüge hinsichtlich Tauglichkeit oder Verhaltens den Anforderungen seines Amtes nicht oder nicht mehr, kann sie auf eine Wiederwahl verzichten, ohne das Ende des Disziplinarverfahrens abzuwarten.⁶⁹⁾

Die Verwaltung ist beim Entscheid über die Wiederwahl eines Beamten ebenso frei wie beim Entscheid darüber, ob sie die Kündigung eines

⁶⁴⁾ Vgl. Im Hof, S. 402a; Meili, S. 74; Strub, S. 153.

⁶⁵⁾ Vgl. BtG Art. 57 Abs. 1.

⁶⁶⁾ Vgl. BGE 83 I 297; MBVR 1972 S. 34; Roos, S. 28.

⁶⁷⁾ BGE 103 Ib 323; 99 Ib 237 E. 3.

⁶⁸⁾ BGE 103 Ib 323.

⁶⁹⁾ BGE 103 Ib 322 f.

Angestellten aussprechen will.⁷⁰⁾ Hier wie dort reichen praktisch dieselben Gründe aus, um das Dienstverhältnis zu beenden.⁷¹⁾ Das Bundesgericht hat schon folgende Gründe als zureichend zur Nichtwiederwahl bzw. triftig zur Kündigung bezeichnet:

- Ungenügende Leistungen oder unbefriedigendes Verhalten, auch wenn dem Dienstnehmer kein Verschulden zur Last gelegt werden kann, Mangel an Interesse und Initiative, mangelnde Selbständigkeit, ständige Unpünktlichkeit, chronische Vergesslichkeit.⁷²⁾
- Verhalten, das mit der Achtung und dem Vertrauen, welches die Stellung des Dienstnehmers erfordert, nicht vereinbar ist, Trotzhaltung, politische Aktivität, wenn die oppositionelle politische Haltung die Gefahr mit sich bringt, dass der Dienstnehmer seine dienstliche Position aus politischen Gründen missbrauchen oder wesentliche dienstliche Pflichten verletzen könnte, wenn der Dienstherr aus sachlichen Erwägungen eine Dienstpflichtverletzung befürchtet und deswegen das erforderliche Vertrauen in den Dienstnehmer nicht mehr besitzt.⁷³⁾

Wenn ein die Nichtwiederwahl rechtfertigender Grund vorliegt, stellt sich für die Verwaltung die Frage, ob das Beamtenverhältnis ohne seine Erneuerung mit dem Ablauf der Amtsdauer *von selbst* ein Ende findet oder ob es dazu einer *Verfügung* bedarf. Früher war die Lehre allgemein der Ansicht, das Dienstverhältnis eines Beamten erlösche nach Ablauf der Amtsdauer automatisch,⁷⁴⁾ während die neuere Lehre annimmt, das Dienstverhältnis ende nur bei ausdrücklicher Nichtwiederwahl.⁷⁵⁾ Verwirrung stiften in diesem Zusammenhang besonders die Bestimmungen im Beamtenengesetz des Bundes. Dort sagen Art. 6 Abs. 2 und Art. 57 Abs. 1 unzweideutig, das Dienstverhältnis erlösche mit dem Ablauf der Amtsdauer; gleichwohl ist die Nichtwiederwahl zu verfügen.⁷⁶⁾

Mit der bundesrechtlichen Vorschrift, dass eine Nichtwiederwahl mit schriftlicher Begründung zu verfügen sei, entsprach man einem Schutzbedürfnis der Beamten. Stellt ein Beamter vor Ablauf der Amtsdauer kein Demissionsbegehren, ist das in der Praxis gleichbedeutend mit einer Bewerbung für die neue Amtsperiode. Der bisherige Amts-

⁷⁰⁾ BGE 99 Ib 136.

⁷¹⁾ Studie Personalamt, S. 69 N 20.

⁷²⁾ BGE 99 Ib 236 ff.

⁷³⁾ BGE 99 Ib 137 ff.

⁷⁴⁾ Fleiner/Giacometti, S. 669; Im Hof, S. 403a; Strub, S. 145; Meili, S. 69; Manser, S. 114.

⁷⁵⁾ Jud, S. 224; Plotke, S. 537 ff. Vgl. ZBl. 1978 S. 399.

⁷⁶⁾ BtG Art. 57 Abs. 2.

inhaber nimmt dabei eine besondere Rechtsstellung ein, kann er doch in aller Regel mit einer Berücksichtigung seiner stillschweigenden Bewerbung, d. h. seiner Wiederwahl, rechnen. Beabsichtigt die Verwaltung aber, den momentanen Amtsinhaber nicht wiederzuwählen, berührt das die Rechtsstellung des Betroffenen in ganz erheblichem Masse, und man wird dem Anspruch auf einen gewissen Schutz vor Willkür nur gerecht, wenn man dem nichtwiedergewählten Beamten einen begründeten, anfechtbaren Entscheid eröffnet, aus dem er ersehen kann, ob er selbst durch seine Leistungen oder sein Verhalten Anlass zur Nichtwiederwahl gab oder ob der Grund auf seiten der Verwaltung lag, weil z. B. kein Bedarf mehr bestand.⁷⁷⁾

Viele Dienstrechte enthalten Bestimmungen, die den Dienstherrn verpflichten, eine Nichtwiederwahl dem Dienstnehmer eine bestimmte Zeitspanne vor Ablauf der Amtsdauer mitzuteilen. Im Kanton Aargau schreibt die Verordnung zum Besoldungsdekret der Wahlbehörde vor, Beamte, die sie nicht mehr zu wählen gedenkt, drei Monate vor Ablauf der Amtsdauer schriftlich zu orientieren.⁷⁸⁾ Diese «Orientierung» ist nun aber rechtlich nichts anderes als eine *Verfügung*.⁷⁹⁾ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Verfügung ein «individueller, an den einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete, verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird.»⁸⁰⁾ Die an einen Beamten gerichtete Mitteilung der Nichtwiederwahl erfüllt sämtliche aufgeführten Voraussetzungen. Nicht entscheidend ist dabei die materielle Frage, ob dem Beamten ein Anspruch auf Wiederwahl zusteht.⁸¹⁾ Bei der in der Verordnung zum Besoldungsdekret statuierten Orientierungspflicht handelt es sich daher im rechtlichen Sinne um die Pflicht, eine Verfügung zu erlassen. Diese muss mit einer Rechtsmittelbelehrung und einer Begründung versehen sein,⁸²⁾ und der nichtwiedergewählte Beamte kann gegen sie wie jeder andere durch eine Verfügung Betroffene Verwaltungsbeschwerde einreichen.⁸³⁾

Man kann den Beschluss der Wahlbehörde als Feststellungsverfügung betrachten oder ihn zu den abweisenden Verwaltungsakten zählen, wenn man darin die Ablehnung einer stillschweigenden Bewerbung des

⁷⁷⁾ Unveröffentlichter Entscheid des aargauischen Regierungsrates vom 7. August 1978, S. 4.

⁷⁸⁾ VBD § 6.

⁷⁹⁾ Vgl. BGE 104 Ia 28 ff.

⁸⁰⁾ BGE 101 Ia 74 E. 3a; Thomas Fleiner, S. 143 ff.; vgl. auch VwVG Art. 5.

⁸¹⁾ BGE 104 Ia 29 f.

⁸²⁾ VRPG § 23 Abs. 3.

⁸³⁾ VRPG § 38 Abs. 1; § 45.

bisherigen Amtsinhabers sieht.⁸⁴⁾ Notwendig ist die Annahme einer Verfügung auch aus Gründen der Gleichstellung der Beamten mit den Angestellten. Der Angestellte kann sich gegen die Kündigung wehren; erginge bei der Nichtwiederwahl eines Beamten keine Verfügung, stünde dieser nach abgelaufener Amtsdauer wehrlos da.⁸⁵⁾

Bei der erstmaligen Ernennung eines Beamten, welche an ein Departement delegiert wurde, überprüft der Regierungsrat in der Praxis nur, ob die gesetzlichen Bestimmungen über die Wählbarkeit und das Verfahren eingehalten worden sind. Damit die Delegation an die Departemente überhaupt einen Sinn hat, muss es ihnen überlassen bleiben, den geeignetsten Bewerber auszusuchen.⁸⁶⁾ Bei einer Wiederwahl hingegen überprüft der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz eine Nichtwiederwahl auch auf ihre sachliche Richtigkeit, denn in diesem Falle überwiegt das Recht des Beschwerdeführers auf einen umfassenden Rechtsschutz gegenüber der vom Gesetzgeber beabsichtigten Delegation der Beamtenernennungen.⁸⁷⁾

Wie ist die Rechtslage aber dann, wenn die Wahlbehörde aus irgendwelchen Gründen ihrer Pflicht zur Mitteilung der Nichtwiederwahl nicht oder zumindest nicht fristgerecht nachkommt? Zu dieser Frage bestehen unterschiedliche Auffassungen. Abzulehnen ist m. E. nach aargauischem Recht die Annahme einer stillschweigenden Erneuerung des Dienstverhältnisses um eine neue Amtsdauer.⁸⁸⁾ Dies widerspräche dem Wortlaut von StV Art. 6 Abs. 1 und BD § 4 Abs. 1. Aus diesen Bestimmungen geht hervor, dass alle Beamten nach Ablauf der Amtsdauer einer Wiederwahl unterliegen. Das Institut der Amtsdauer verlangt eine ausdrückliche Wiederwahl nach Ablauf der Amtsdauer, sei es individuell wie seit 1965 im Aargau üblich,⁸⁹⁾ oder gesamthaft, wie das auf eidgenössischer Ebene alle vier Jahre durch Bundesratsbeschluss geschieht.⁹⁰⁾

Das bernische Verwaltungsgericht hatte schon einige Male zu diesem Problem Stellung zu beziehen. Es entschied folgendes: Wenn die

⁸⁴⁾ BGE 104 Ia 30; Jud, S. 220 und 224.

⁸⁵⁾ Studie Personalamt, S. 68 N 15.

⁸⁶⁾ AGVE 1975 S. 552/53 = ZBl. 1976 S. 19.

⁸⁷⁾ Unveröffentlichter Entscheid des aargauischen Regierungsrates vom 7. August 1978, S. 7/8.

⁸⁸⁾ Plotke, S. 539 f. Plotke schränkt allerdings ein, dass sich dies bei Wahlen nicht vertreten lasse, da dann wegen einer Pflichtversäumnis der Behörden der Bürger sein Recht, die Beamten zu wählen, nicht ausüben könnte.

⁸⁹⁾ Vor 1961 wurde die Wiederwahl im Amtsblatt angezeigt.

⁹⁰⁾ Vgl. Bundesratsbeschluss über die Wiederwahl der Beamten der allgemeinen Bundesverwaltung für die Amtsdauer 1977–1980 vom 31. März 1976.

Mitteilung aussergewöhnlich lange ausbleibt (im konkreten Fall war sie 15 Monate verspätet eingetroffen), darf der Beamte selbst bei Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Mitteilungspflicht annehmen, er sei wiedergewählt worden oder er werde es noch.⁹¹⁾ Wenn nun aber gar eine ausdrückliche Vorschrift die Verwaltung dazu verpflichtet, den Dienstnehmer zu informieren, bildet die Voranzeige eine Gültigkeitsvoraussetzung der Nichtwiederwahl, andernfalls die Vorschrift jeden Sinn verlöre.⁹²⁾ Eine stillschweigende Wiederwahl wird abgelehnt; das bernische Verwaltungsgericht nahm im Falle der Weiterbeschäftigung des Beamten nach Ablauf der Amtsdauer an, es werde ein provisorisches Dienstverhältnis begründet.⁹³⁾

Die Annahme eines provisorischen Dienstverhältnisses ist m. E. problematisch. Vielmehr ist beim Ausbleiben der Nichtwiederwahlverfügung ein *Anspruch auf Wiederwahl* anzunehmen, denn aus einem Versäumnis der Wahlbehörden darf dem Beamten kein solch schwerwiegender Rechtsnachteil erwachsen.⁹⁴⁾

Gegen den Sinn der festen, in der Regel vierjährigen Amtsperiode würde es verstossen, den Beamten nach der zu spät erfolgten Verfügung der Nichtwiederwahl nun einfach noch drei Monate im Dienst zu behalten, um die Frist zu wahren.⁹⁵⁾ Auf diese Weise würde die Amtsdauer ihren Sinn verlieren, könnte doch dadurch der Beamte wie ein Angestellter innert drei Monaten jederzeit entlassen werden.

Alle diese Erläuterungen über das Verfahren bei Nichtwiederwahlen dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese Art der Beendigung des Beamtenverhältnisses in der Praxis äusserst selten angewendet wird. Von den ca. 1150 Beamten der aargauischen Zentralverwaltung wurden z. B. bei Ablauf der Amtsperiode 1973–77 nur gerade fünf nicht in ihrem Amt bestätigt.

Auf den bei Nichtwiederwahl wie bei Entlassung aus wichtigen Gründen gleichermassen beschränkten Rechtsschutz wurde bereits weiter vorne hingewiesen.⁹⁶⁾

⁹¹⁾ MBVR 1972 S. 34 = Imboden/Rhinow II, Nr. 150, S. 1097/98, Ziff. Ib.

⁹²⁾ MBVR 1974 S. 94; 1969 S. 43 = Imboden/Rhinow II, Nr. 150, S. 1096, E. 3.

⁹³⁾ MBVR 1974 S. 96; 1969 S. 43 = Imboden/Rhinow, a.a.O., E. 2.

⁹⁴⁾ Jud, S. 236/37.

⁹⁵⁾ Ausdrücklich vorgesehen wird diese Regelung im Kanton Zürich: Verordnung über das Dienstverhältnis der Beamten der Verwaltung und der Rechtspflege (Beamtenverordnung) vom 16. November 1970 § 3 Abs. 4.

⁹⁶⁾ Vgl. S. 110.

2. Die Beendigung des Angestelltenverhältnisses

Beim auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Dienstverhältnis der Angestellten besteht für beide Parteien die Möglichkeit, die gegenseitige Verbindung jederzeit unter Einhaltung einer bestimmten Frist zu lösen. Man spricht in diesem Falle von ordentlicher Kündigung, im Gegensatz zur ausserordentlichen, fristlosen Kündigung. Während dem Angestellten völlige Freiheit gelassen wird, ob er sein Dienstverhältnis beenden will und er dabei nicht einmal seine Gründe anzugeben braucht, besteht für den Dienstherrn dieselbe Einschränkung wie bei der Nichtwiederwahl der Beamten. Den Erlassen, die das Dienstverhältnis der auf unbestimmte Zeit angestellten Dienstnehmer regeln, lässt sich nicht entnehmen, unter welchen Voraussetzungen der Dienstherr das Dienstverhältnis auflösen kann. Vertraten früher noch viele Autoren die Ansicht, diese Angestelltenverhältnisse seien ohne weiteres kündbar,⁹⁷⁾ kann dieser Meinung angesichts der neusten bundesgerichtlichen Praxis nicht mehr zugestimmt werden.

In einem instruktiven Entscheid führte das Bundesgericht im Jahre 1973 aus, welche Voraussetzungen bei der Kündigung eines Bundesangestellten erfüllt sein müssen. Die Verwaltung sei in ihrem Entscheid über die Kündigung ebenso frei, wie bei der Erneuerung des Beamtenverhältnisses, doch müsse sie ihr Ermessen wie in jedem andern Bereich pflichtgemäss ausüben und sich auf *triftige Gründe* stützen können. Unter triftigen Gründen sind sachlich vertretbare, nicht willkürliche Gründe zu verstehen, die jedoch nicht die Intensität eines die fristlose Entlassung rechtfertigenden wichtigen Grundes haben müssen.⁹⁸⁾

Der Grundsatz der pflichtgemässen Ausübung des Ermessens gilt selbstverständlich auch für die Amtshandlungen einer kantonalen Verwaltung und bildet auch für sie die Richtlinie bei der Kündigung ihrer Angestellten. Die Gründe, die zur Nichtwiederwahl eines Beamten ausreichen, müssen zur Kündigung eines Angestellten genügen, weil sonst der Angestellte besser gestellt wäre als der Beamte.⁹⁹⁾ Die bei der Behandlung der Nichtwiederwahl der Beamten angeführten Beispiele bilden daher auch Entlassungsgründe für einen Angestellten.

Wie bei einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis besteht auch für den öffentlichrechtlichen Dienstherrn beim Vorliegen von *wichtigen Gründen* die Möglichkeit, das Dienstverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu lösen.¹⁰⁰⁾ Im Arbeitsvertragsrecht wie im öffent-

⁹⁷⁾ Im Hof, S. 406a; Strub, S. 154; Meili, S. 76; Manser, S. 115.

⁹⁸⁾ BGE 99 Ib 136.

⁹⁹⁾ Studie Personalamt, S. 18 N 42.

¹⁰⁰⁾ Vgl. z. B. AV § 5 Abs. 2; Aushilfenverordnung § 8 Abs. 2.

lichen Dienstrecht gelten als wichtige Gründe alle Umstände, bei deren Vorhandensein dem Dienstherrn die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.¹⁰¹⁾ Die an die wichtigen Gründe gestellten Voraussetzungen sind aber bei privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen verschieden, es gilt, was weiter vorne schon bei der Beamtenentlassung aus wichtigen Gründen gesagt wurde. Im öffentlichen Dienstrecht greift die Entlassung aus wichtigen Gründen nur Platz beim Fehlen eines Verschuldens des Dienstnehmers. Liegt jedoch ein Verschulden vor, stehen der Verwaltungsbehörde die dem Obligationenrecht fremden Disziplinarmaßnahmen zur Verfügung. Es war deshalb falsch, die Entlassung aus wichtigen Gründen im Paragraphen mit dem Randtitel «Disziplinarmaßnahmen» vorzusehen.¹⁰²⁾

An die Gründe für eine administrative oder disziplinarische Entlassung eines Angestellten sind dieselben Anforderungen zu stellen wie bei der Beendigung eines Beamtenverhältnisses aus diesen Gründen. Der Angestellte ist bei der administrativen Entlassung insofern benachteiligt, als er fristlos entlassen werden kann, während beim Beamten die Entlassung drei Monate im voraus angezeigt werden muss.¹⁰³⁾

Wird ein Angestellter ohne eigenes Verschulden entlassen, entstehen ihm dieselben finanziellen Ansprüche gegenüber der Beamtenpensionskasse wie einem unverschuldet nichtwiedergewählten Beamten.¹⁰⁴⁾ Der Staat wird aus diesem Grunde eine Entlassung möglichst vermeiden und zumindest versuchen, den Betroffenen anderswo zu beschäftigen. In der Praxis ist deshalb ein Angestelltenverhältnis bei ausreichenden Leistungen und wenn dem Dienstnehmer sonst nichts vorzuwerfen ist nicht weniger sicher als ein Beamtenverhältnis. Die Bezeichnung des Angestelltenverhältnisses als Dienstverhältnis mit jederzeitiger Kündigungsmöglichkeit wird dadurch relativiert, und der Unterschied gegenüber dem Beamtenverhältnis ist bei näherer Betrachtung nicht so gross, wie man aufgrund der gesetzlichen Regelungen glauben könnte.

¹⁰¹⁾ OR Art. 337 Abs. 2; BD § 5 Abs. 2.

¹⁰²⁾ AV § 5 Abs. 2; Forstpersonalverordnung § 5 Abs. 2; Jud, S. 176 N 25.

¹⁰³⁾ BD § 5 Abs. 2.

¹⁰⁴⁾ Vgl. VB BPK § 20 und 40.

VIII. Die Personalkommission

Die Institution der Personalkommission besteht seit der Revision des Besoldungsdekrets im Jahre 1944.¹⁾ Man entsprach mit der Schaffung dieser Kommission einem Wunsche des Beamtenvereins, schloss aber die von diesem verlangte Begutachtung von Disziplinarfällen von der Kompetenz der Kommission aus, weil man es vorzog, sie nicht mit diesen «unerfreulichen Angelegenheiten zu behelligen.»²⁾ Betrachtete man es damals noch als Aufgabe der Personalkommission, alle Fragen von allgemeiner Tragweite für das Staatspersonal zu begutachten,³⁾ ist ihr heute die Stellungnahme zu allgemein verbindlichen Erlassen ausdrücklich untersagt.⁴⁾

Die Personalkommission besteht aus sieben vom Regierungsrat gewählten Mitgliedern, von denen vier auf Vorschlag der Personalverbände bezeichnet werden.⁵⁾ Der Regierungsrat hat ein Reglement erlassen, welches den Aufgabenkreis und das Verfahren bei Beschwerden näher regelt. Zu ihren Aufgaben gehört es, sich zu äussern über Fragen des Dienstverhältnisses und der Besoldung, zu Problemen des Vollzugs der dienstrechtlichen Erlasse und zu Eingaben einzelner Dienstnehmer oder bestimmter Personalkategorien. Ferner begutachtet sie Stellenbewertungen, wenn es von Beamten und Angestellten verlangt wird, weil sie sich benachteiligt fühlen.⁶⁾

Wie die Tätigkeit der Personalausschüsse im Bundesdienstrecht⁷⁾ ist auch diejenige der aargauischen Personalkommission ausschliesslich begutachtender Natur und kann lediglich den Regierungsrat zu einem neuen, begründeten Entscheid veranlassen.⁸⁾ Sie kann aber ein Bindeglied zwischen Regierung und Dienstnehmern sein, wenn einerseits der Regierungsrat sie respektiert und sich nicht leichtfertig über ihre Gutachten hinwegsetzt und andererseits die Personalkommission sich bei ihren Gutachten von streng objektiven Gesichtspunkten leiten lässt.

¹⁾ BD vom 8. Mai 1944 § 24, GS NF Bd. XVII (1944) S. 117.

²⁾ Verhandlungen des Aargauischen Grossen Rates 1941–45, Art. 558, S. 788.

³⁾ E. J.: Stellung und Aufgabe der aarg. Personalkommission, in BeaBl. 41 (1944), S. 77.

⁴⁾ Reglement der Personalkommission § 1 Abs. 2.

⁵⁾ BD § 17.

⁶⁾ Reglement der Personalkommission § 1 Abs. 1, § 2.

⁷⁾ Vgl. BtG Art. 67 Abs. 2.

⁸⁾ Reglement der Personalkommission § 7.

Die privatrechtlich angestellten Arbeitnehmer

Wie wir gesehen haben, werden die Beamten und Angestellten des aargauischen Staatspersonals in der Regel auf der Grundlage des öffentlichen Rechts angestellt. Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis ist die einem öffentlichen Amt gemässe Anstellung, denn es ermöglicht die verstärkte Gehorsams- und Treuepflicht, auf die das Gemeinwesen Anspruch erheben können muss.¹⁾ Gleichwohl ist es allgemein anerkannt, dass die öffentliche Hand auch Arbeitnehmer nach den Regeln des *Privatrechts* in ihre Dienste stellen kann.²⁾

Wann ist jedoch eine privatrechtliche Anstellung ausnahmsweise gerechtfertigt? Bei dieser Frage sind verschiedene Momente zu berücksichtigen. Nicht am Platz ist ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis sicher immer dann, wenn ein Beamter nach aussen im Namen des Staates – mit staatlichem Imperium – auftreten soll. Hier muss der Bürger die Gewissheit haben, dass der ihm entgentretende und den Staat verkörpernde Beamte einem besonderen Rechtsverhältnis untersteht und dem Staat bei einem Fehlverhalten auch die entsprechenden Massnahmen – disziplinarische und strafrechtliche – zur Verfügung stehen.³⁾ Demgegenüber wird man eher ein privatrechtliches Anstellungsverhältnis vorsehen bei Arbeitnehmern, auf die diese Voraussetzungen nicht zutreffen und bei denen man eine Möglichkeit zu kurzfristiger Kündigung haben möchte.⁴⁾

Bedenken gegen Arbeitsverhältnisse nach OR im Staatsdienst bestehen aber auch aus folgenden Gründen: Das öffentliche Dienstrecht regelt die Dienstverhältnisse klar und für jeden ihm unterstellten Dienstnehmer im gleichen Sinne. Durch vertragliche Vereinbarungen – sei es mit Hilfe eines privatrechtlichen oder eines öffentlichrechtlichen Vertrages – könnte das Dienstrecht umgangen werden, es würde eine

¹⁾ ZBl. 1951 S. 520/21 = Imboden/Rhinow II, Nr. 147, S. 1079, Ziff. II; Nef, S. 29.

²⁾ Fleiner/Giacometti, S. 650; Thomas Fleiner, S. 391; Grisel, S. 240; Im Hof, S. 237a; Nef, S. 23.

³⁾ Nef, S. 30.

⁴⁾ BVR 1977 S. 212.

bestimmte Personengruppe ungleich behandelt und das Parlament könnte seiner Aufsichtsfunktion nicht mehr gerecht werden.⁵⁾

Aus all diesen Gründen sollte beim Staat nur ausnahmsweise Personal mit privatrechtlichen Verträgen eingestellt werden. «Nach neuerer Auffassung stehen nun nicht nur Beamte im engeren Sinne, die ein öffentliches Amt versehen, sondern grundsätzlich alle Bediensteten eines Gemeinwesens in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis (...)», hielt das Aargauische Verwaltungsgericht im Jahre 1974 in einem Urteil fest.⁶⁾ In Frage kommt ein Arbeitsverhältnis nach OR allenfalls für vorübergehend beschäftigte Personen, die keine spezifisch staatliche Tätigkeit ausüben, wie z. B. die Angestellten in einem staatlichen Gewerbebetrieb, oder für Arbeitnehmer, die nicht direkt mit dem Bürger in Berührung kommen, wie beispielsweise das Putzpersonal für die staatlichen Gebäude.⁷⁾

Für die vom Staat auf privatrechtlicher Grundlage eingestellten Arbeitnehmer gelten die Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts (OR Art. 319 ff.) wie für die in der Privatindustrie beschäftigten Angestellten. Zu vermeiden sind in jedem Fall «Mischformen» zwischen privatem und öffentlichem Recht. Diese können entstehen, wenn man z. B. einen Funktionär formal mittels eines Arbeitsvertrages anstellt, um ihn leichter entlassen zu können, ihm aber vertraglich dieselben Pflichten auferlegt wie einem öffentlichrechtlichen Dienstnehmer. Wenn man mit den Vorschriften des Privatrechts nicht auskommt, dann ist das öffentliche Dienstrecht die adäquate Rechtsform, und die Verwaltung sollte nicht versuchen, selbst irgendwelche Zwischenlösungen zu konstruieren.⁸⁾

Vorschriften über die Einstellung von Staatspersonal nach Privatrecht finden sich im aargauischen Dienstrecht nirgends. Es bleibt dem Staat jedoch unbenommen, auch ohne solche Bestimmungen Arbeitnehmer mittels privatrechtlicher Verträge für seine Dienste zu verpflichten. Im Kanton Aargau sollte man allerdings umso eher auf solche Arbeitsverhältnisse verzichten können, als das aargauische Dienstrecht über eine spezielle Personalkategorie für bloss vorübergehend beschäftigte Arbeitskräfte verfügt: die Kategorie der Aushilfen.

⁵⁾ Gutachten des Rechtsdienstes des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 23. Mai 1972, betreffend Abschluss von Verträgen zur Einstellung von Mitarbeitern der öffentlichen Verwaltung (Dr. Georg Müller), S. 3; Jud, S. 33. In BD § 33 Abs. 1 wird festgelegt, welche Dienstverhältnisse ausnahmsweise mit öffentlichrechtlichen Verträgen geregelt werden, vgl. S. 35.

⁶⁾ AGVE 1974 S. 159.

⁷⁾ Nef, S. 31.

⁸⁾ Nef, S. 32 ff.

Privatrechtliche Anstellungsverhältnisse gibt es denn auch beim aargauischen Staatspersonal nur in Ausnahmefällen. So wurden z. B. die Wissenschaftler, die sich mit der Ausarbeitung des aargauischen Hochschulprojektes befassten, privatrechtlich eingestellt. Einem Arbeitsvertrag nach OR unterstehen ferner die zwar nicht direkt vom Kanton, aber von einer seiner selbständigen öffentlichen Anstalten, der Aargauischen Kantonalbank, beschäftigten Mitarbeiter. Die Kantonalbank tritt in Konkurrenz zu andern, privatwirtschaftlich geführten Bankinstituten. Sie übt eine wirtschaftliche Tätigkeit aus und bevorzugt daher das diesen Erfordernissen eher entsprechende, elastischere Privatrecht.⁹⁾ Die Funktionäre der übrigen selbständigen Anstalten (Aargauisches Elektrizitätswerk, Aargauische Gebäudeversicherungsanstalt, Kantonale Unfallversicherungskasse und Ausgleichskasse des Kantons Aargau) sind dagegen öffentlichrechtlich angestellte Dienstnehmer.¹⁰⁾

⁹⁾ Arpagaus, S. 33.

¹⁰⁾ Arpagaus, S. 35 ff.; 42 f.; 48/49.

Lebenslauf

Am 16. März 1948 wurde ich als Bürger von Lengnau (AG) in Wettlingen geboren. Nach dem Besuch der Primar- und Bezirksschule in Ennetbaden und Baden absolvierte ich eine Lehre als Maschinenzeichner. Von 1969–1972 bereitete ich mich auf dem zweiten Bildungsweg auf die eidgenössische Matura B vor. Nach erfolgreichem Abschluss im März 1972 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, an der ich am 14. Juli 1976 zum lic. iur. promoviert wurde. Nach Fertigstellung der vorliegenden Arbeit legte ich die letzte mündliche Doktorprüfung am 5. Juli 1979 ab.

